

STUDI PER UN NUOVO DIRITTO AMMINISTRATIVO

Collana diretta da

S. Cognetti, A. Contieri, S. Licciardello, M. Nettesheim, S. Perongini, A. Zito

Nuova serie

Giovanni Fabio Licata

Trasformazioni della giustizia amministrativa



G. Giappichelli Editore

Capitolo Primo

Giurisdizione e giustizia amministrativa

SOMMARIO: 1. La tutela dei privati nei confronti del potere pubblico – 2. Il giudice amministrativo – 3. Il processo amministrativo. – 4. Giurisdizione e giustizia amministrativa. – 5. Il «contesto» dell'esercizio della giurisdizione amministrativa come problema – 6. Una nuova prospettiva: l'«amministrazione» della giustizia amministrativa.

1. La tutela dei privati nei confronti del potere pubblico

La specialità della giustizia amministrativa deve essere inquadrata nella sua correlazione, necessaria perché storica prima ancora che teorica o dogmatica, con la specialità del diritto amministrativo¹. La “giustizia nell'amministrazione”², comunque la si collochi o la si interpreti, costituisce il riflesso della progressiva giuridicizzazione del potere amministrativo, del prosciugamento, ancorché mai totalizzante, della sua politicità all'interno della legalità, prima, e poi anche della legittimità³.

¹ L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, 277 ss., per i quali “è nella specialità della funzione che il giudice amministrativo trova, infatti, la ragione profonda della propria esistenza e della propria legittimazione, così come lo strumento essenziale ora per difendere ora per ampliare l'ambito della propria competenza giurisdizionale”, *ivi*, 355.

² La perduranza nell'art. 100 della Costituzione di questa espressione va adesso (più) propriamente intesa come attribuzione agli organi della giustizia amministrativa di garantire la giustizia nell'attività amministrativa. Su di che, cfr. A. MASSERA, «Giustizia nell'amministrazione» e «ingiustizie amministrative» tra passato e presente, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 33 s., anche per riferimenti ulteriori.

³ E.C. BARTOLI, *Una nozione necessaria: la legittimità degli atti amministrativi*, in

Si tratta di uno snodo essenziale dello Stato di diritto, che rimane fondamentale al fine di comprendere anche le odierne problematiche della giustizia amministrativa. La specialità sancisce la definitiva autonomia dell'amministrazione, separa giustizia e amministrazione, determina la possibilità per questa di perseguire i suoi scopi mediante autorità⁴. Al contempo pone però un bisogno di tutela, diversa questa e più articolata rispetto a quella di diritto comune perché accanto alle posizioni d'interesse da garantire sussistono delle prerogative da tutelare, ed esse sono immediatamente da ricondursi al principio della separazione dei poteri⁵.

Così, sarà proprio la prospettiva storica a fare dire a Massimo Severo Giannini che l'esordio ottocentesco del diritto amministrativo ha un problema comune: *“la materia amministrativa da portare dinanzi ai tribunali e quindi i rapporti tra giustizia e amministrazione: il diritto amministrativo è soprattutto un diritto processuale amministrativo”*⁶. Si intravede per ciò una criticità che sarà in qualche misura costante nella tutela contro il pubblico potere: essa è relativa al “posto” (*recte* al plesso giurisdizionale o alla struttura contenziosa) di tale tutela, ed è elemento che si pone in comunicazione diretta con le posizioni giuridiche sostanziali interessate dal confronto con il potere amministrativo⁷.

Foro it., IV, 1955, 201 ss. Quantomeno a partire da un certo momento, la giuridicità si ritiene riconducibile anche agli stessi scopi dello Stato, che così divengono fattore di legittimità del diritto amministrativo e dei suoi principi. Cfr. V.E. ORLANDO, *Intorno ad alcune fasi storiche e critiche del diritto amministrativo in Italia dopo il 1890*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 259 ss., 272, anche per l'evoluzione del pensiero rispetto ad ID., *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1908, 19 ss.

⁴ S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1906, 1 ss., 17 ss.

⁵ Per un'analisi dei limiti del potere amministrativo, ma anche di quelli del giudice, a partire dal dato storico, si veda S. COGNETTI, *Legge amministrazione giudice: potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2014, *ivi* per ulteriori riferimenti. Cfr. anche S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino 2016, 17 ss., dove appunto la ricostruzione delle prerogative dell'amministrazione pubblica (per come) condensate (nella evoluzione de)lle nozioni di atto e di provvedimento amministrativo.

⁶ M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, ora in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, (ma prima in Studi sassaresi, XVIII, 1940), 1973, 179 ss., 227.

⁷ Con impostazioni diverse, cfr. V. SCIALOJA, *Sui limiti della competenza della IV sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Foro it.*, 1891, 1119 ss. e V.E. ORLANDO, *Rapporti tra la competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato e quella giudiziaria*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1892, 58 ss.

La tutela dei privati nei confronti del potere, ma è questione che rileva in termini coincidenti anche per gli stessi soggetti pubblici che con altri poteri pubblici si confrontano, non è mai (stata) posta in discussione⁸. Sono però le modalità con cui la stessa viene somministrata, e il modo in cui essa viene interpretata, a restituire l'immagine di una tutela non meramente nominalistica, di un rapporto tra amministrazione e amministrati che, regimato da meccanismi di controllo che dal potere pubblico non dipendono, disegna i confini di prerogative ora intangibili ora da ricostruirsi in assonanza alle modalità con cui tale verifica si sviluppa⁹.

L'analisi storica evidenzia per ciò un dato centrale, non sempre fino in fondo adeguatamente valutato. Non rileva, infatti, solo il tipo di tutela riconosciuta nei confronti del potere pubblico, ma è anche il contesto in cui la stessa viene esercitata, con le sue variabili strutturali e culturali, a determinarne l'effettiva consistenza. E questa deve considerarsi come un'invariante, ben persistente anche nella realtà odierna.

⁸ Ancorché poi la tutela nei confronti del potere pubblico fosse sin dagli inizi variamente interpretata. Si vedano, per esempio, A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, per la ricostruzione di quella che, con un lessico odierno, si definirebbe una tutela di diritto oggettivo, mentre per la diversa impostazione, focalizzata sull'interesse del privato, e dunque con un accostamento alla dimensione soggettiva della tutela, O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, e già prima F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo* (1911), in ristampa a cura di G. MIELE, Padova, 1960. Sulle corrispondenti inclinazioni della prima giurisprudenza amministrativa si veda la puntuale ricostruzione di V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2014, 341 ss., 354 ss.

⁹ Chi come B. SORDI, *Interesse legittimo*, in *Enc. dir.*, Ann. II, Milano 2008, 709 ss., ha ricostruito storicamente la figura dell'interesse legittimo, non ha mancato di evidenziare le conseguenze inerenti alla percezione di una (mancata) tutela o delle difficoltà della sua attuazione pratica. Così, tra l'altro, rispetto alla abolizione del contenzioso amministrativo ha sottolineato come "la timidezza del giudice ordinario, nell'approfondire l'intensità del controllo sull'attività amministrativa, contribuì al contrario a diffondere la sensazione che il sistema di tutela era incompleto e che, contrariamente alla prognosi di uno dei padri della riforma, Pasquale Stanislao Mancini, ci si doveva presto occupare anche delle «garanzie dell'esercizio dell'amministrazione pura»", *ivi*, 711; ovvero ancora, con riferimento alla prima operatività della IV sezione del Consiglio di Stato ha constatato che "la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi restava per i più affidata a criteri «inaffidabili» ed «imponderabili»", *ivi*, 714. Naturalmente ogni discorso in tema di interesse legittimo non può adesso prescindere dalla magistrale ricostruzione di F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, 2017, anche per la sua completa analisi in chiave storica, 1 ss., 49 ss.

La legge abolitiva del contenzioso amministrativo aveva congegnato un meccanismo di tutela saldamente ancorato alla geometrica linearità delle posizioni giuridiche soggettive¹⁰, la cui attuazione ha però sofferto le difficoltà determinate da problemi di contesto¹¹. La ritrosia del giudice ordinario nell'attuare compiutamente la vocazione liberale di tutela che quella legge esprimeva, infatti, al di là della complicazione teorica di opportunamente separare i diritti dagli interessi¹², derivò anche dall'inadeguatezza del giudice ordinario nel fornire tutela ai diritti confrontandosi compiutamente con le vicende del potere¹³. Non è quindi determinante interrogarsi, come pure diffusamente è stato fatto, sul se l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato ad opera delle leggi crispine si ponga in continuità o piuttosto in discontinuità con (gli ideali del)la legge abolitiva¹⁴, ma è invece importante segnalare che questa fu una risposta politica al riscontro pratico dell'insufficienza di quella tutela¹⁵.

¹⁰ M. BERTETTI, *Il contenzioso amministrativo in Italia o l'amministrazione e la giustizia secondo la legge 20 marzo 1865*, Torino, 1865. Per una riconsiderazione recente cfr. F. MERUSI, *Dal 1865...e ritorno...al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 671 ss.

¹¹ S. SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 1977.

¹² Che certo posizioni diverse dai diritti, e quindi "interessi", emergevano comunque nel confronto con il potere, cfr. al riguardo E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1972, 1 ss., 9 ss.; S. SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, cit., 234.

¹³ Cfr. ancora L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., dove l'osservazione per cui "alla linea quasi evanescente, che nel contenzioso si era posta a delimitare l'amministrazione contenziosa dall'amministrazione pura, alla sottile frontiera tra diritti e interessi veniva affidato il compito, delicatissimo, di garantire, all'interno del sistema di giurisdizione unica, la reciproca autonomia dei poteri: il compito di separare e distinguere giustizia e amministrazione", *ivi*, 330. Ma non solo si ebbe, ampliandosi così il campo degli affari sottratti alla tutela giurisdizionale, un'interpretazione fortemente restrittiva della giurisdizione del giudice ordinario, vi fu infatti anche "la timidezza" di questo stesso giudice "nell'approfondire l'intensità del controllo di legalità sull'attività amministrativa", *ivi*, 333.

¹⁴ L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 337 ss.

¹⁵ M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 715 ss.

Quando venne istituita nel 1889, la IV sezione del Consiglio di Stato non era concepita come organo giurisdizionale, ma piuttosto come organo appartenente all'amministrazione¹⁶, e infatti nella legge istitutiva si utilizzano i termini tipicamente amministrativi di "competenza" e di "decisione". Si parla quindi di giustizia amministrativa contenziosa¹⁷, per distinguerla dalla giurisdizione, ancora e solo esercitata sui diritti¹⁸. La considerazione di quest'organo come amministrativo, e quindi non giurisdizionale, sarà perdurante, e in effetti supererà anche la legislazione del 1907, che pure la natura giurisdizionale della IV sezione aveva sancito¹⁹.

C'è ovviamente una ragione sottostante a tale refrattarietà, persistente anche nella realtà odierna pur se con caratteristiche e aspetti diversi rispetto al passato. Le parti del processo amministrativo, infatti, risultano portatrici di interessi non allineati (non processualmente ma) sul piano sostanziale, e questo perché alla pubblica amministrazione è riconosciuto, sia pure entro i limiti della legittimità, il potere di produzione degli effetti giuridici sostanziali, ciò che infine si concretizza nel perseguire (anche) l'interesse pubblico determinando uno specifico assetto di interessi. Corrispondere alle esigenze della tutela all'interno di tali limiti è ancora oggi la ragion d'essere della specialità del giudice amministrativo al cospetto di un diritto amministrativo in cui questo connotato caratteristico comunque permane.

Per quanto se ne possa dire, e per quanto di meglio si possa auspicare, il giudice amministrativo ha saputo offrire risposte ai bisogni di tutela nel tempo emersi, con un diritto amministrativo che, proprio per questa necessità e per le forme cangianti (dell'esercizio) del potere, ha (da) sempre avuto le caratteristiche di un diritto a trazione giurisprudenziale²⁰. Così,

¹⁶ A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 635 ss., 674 ss.

¹⁷ S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, cit., 211 ss.

¹⁸ V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in ID. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III (parte seconda), Milano, 1923, 111 ss.

¹⁹ A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, cit., 685 ss.

²⁰ F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico evolutivi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 116 ss., osserva come da un punto di vista storico la tutela abbia in qualche misura preceduto la (più esatta configurazione della) stessa posizione giuridica tutelata, *ivi*, 135 ss., 140. Su questa tematica, diffusamente, M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione: apologia del diritto*

come la IV sezione vede la luce in un contesto di grandi mutamenti sociali²¹, la giustizia amministrativa ha avuto ed ha la necessità di trasformarsi, per «agganciare» sempre e nuove esigenze di tutela, per offrire adeguate e aggiornate risposte ai bisogni della collettività²².

Tuttavia, riprendendo una fraseologia che rimanda all'autorevolezza di Costantino Mortati, se la speciale *forma mentis*, la aderenza alla realtà dei rapporti controversi, la speciale preparazione per la interpretazione di certe disposizioni di legge, ha consentito al giudice amministrativo come istituzione di accompagnare egregiamente le trasformazioni della giustizia amministrativa, il confronto con le sfide attuali appare complicato dalla complessità moderna²³. Sembra, cioè, progressivamente mostrarsi l'insufficienza di una risposta atomistica alle singole questioni (solo) all'interno del processo, pur se eccellentemente assicurata dall'ingegno della tecnica processuale.

Oggi non appare ragionevolmente in discussione il sindacato giurisdizionale sull'attività dell'amministrazione pubblica assicurato, in conformità alla Costituzione, da un giudice diverso da quello ordinario²⁴. D'altra parte, anche l'esperienza comparata, e pure quella di *common law*, rimanda a forme di giustiziabilità dei poteri pubblici garantite anche attraverso tribunali *ad hoc*²⁵, o che comunque all'interno delle Corti ordinarie

amministrativo e del suo giudice, Napoli, 2008.

²¹ Come evidenzia A. MASSERA, *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 761 ss., 814-815.

²² F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa tra presente e futuro*, in *Il Processo*, 2019, 587 ss., e in particolare 595 ss., per le prospettive dell'attualità. Su queste tematiche, con un respiro che prescinde dalle legislazioni e si sviluppa a partire dal rapporto dei privati con il potere pubblico, rimane ovviamente fondamentale e imprescindibile E. GARCÍA DE ENTERRIA, *Las transformaciones de la justicia administrativa: de exception singular a la plenitud jurisdictional, ¿ Un cambio de paradigma?*, 85 ss., *passim*.

²³ A. PAJNO, *Trasformazioni della giustizia amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 419 ss., anche per il collegamento con le trasformazioni in atto nel diritto amministrativo (sostanziale) e la complessità del presente, *ivi*, 429, *passim*. Per la correlazione (necessaria) tra l'evoluzione del potere pubblico e le modificazioni della giustizia amministrativa, si vedano le dense pagine di G. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1879 ss.

²⁴ Si veda però L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 561 ss.

²⁵ T.T. ARVIND - S. HALLIDAY - L. STIRTON, *Judicial Review and Administrative Justice*, in M. HERTOUGH - R. KIRKHAM - R. THOMAS - J. TOMLINSON (eds.), *The Oxford*

conoscono meccanismi differenziati di tutela quando il *judicial review* investe l'attività dell'amministrazione pubblica²⁶.

Piuttosto, dalle innovazioni recenti, ma anche da una rilettura aggiornata di quelle ormai non più recenti, sembra emergere la strutturazione di una risposta di sistema ai bisogni dell'effettività della tutela nella giustizia amministrativa, ed esigenze analoghe si manifestano anche in un'ottica comparata²⁷. Tale visione sistemica non si sostituisce agli sviluppi della tecnica processuale, e quindi alla comune tutela nell'ambito della giurisdizione amministrativa. Questa, invece, si ritrova ad essere da quella supportata e rafforzata con modalità che esulano dai confini dell'attività (strettamente) giurisdizionale.

Diviene per ciò necessario impegnarsi in un'analisi per certi aspetti inedita della giurisdizione amministrativa nel più ampio contesto delle trasformazioni «organizzative» della giustizia amministrativa. E questo sul presupposto concettuale, ma da declinare sia in ambito teorico che pratico, per cui è il migliore funzionamento dell'intero sistema della giustizia amministrativa, in un'accezione che adesso necessariamente include anche attività non riconducibili all'esercizio della giurisdizione (in senso stretto), a garantire un più elevato livello di tutela per le posizioni giuridiche sostanziali, anche all'interno dei singoli giudizi.

2. Il giudice amministrativo

In uno studio che si propone di analizzare questioni di «amministrazione» della giustizia amministrativa, e le refluenze che le stesse potenzialmente assumono rispetto alle decisioni giurisdizionali, diviene in qualche modo obbligato soffermarsi sul «luogo» dove tali decisioni

Handbook of Administrative Justice, Oxford, 2022, 67 ss., 73 ss.

²⁶ E. FISHER- S.A. SHAPIRO, *Administrative Competence: Reimagining Administrative Law*, Cambridge, 2020, in particolare 219 ss. per la discussione del rapporto tra poteri dell'amministrazione e sindacato del giudice, *ivi* per ulteriori riferimenti.

²⁷ Lo si potrà in particolare verificare nel secondo capitolo, dove all'analisi svolta si accompagnano riferimenti puntuali al diritto e alla corrispondente letteratura straniera.

giurisdizionali si producono, e cioè sul giudice amministrativo come istituzione giudiziaria.

Come noto, il dibattito in assemblea costituente confermava le ragioni della specialità, restituendo la presenza di un plesso giurisdizionale, quello amministrativo, distinto pur all'interno di una considerazione unitaria della giurisdizione²⁸. Unità, ma non unicità, della giurisdizione è stato di recente ben scritto ed argomentato. Una unità funzionale della Magistratura, la cui trama rimane assicurata da disposizioni costituzionali al riguardo in vario modo rilevanti, come gli articoli 24, 101, 102 e 111 della Costituzione, ma non unità organica, e ciò in ragione della ferma presenza delle disposizioni, centrali rispetto al sistema, di cui agli articoli 103 e 113. Sicché, più che riferire al giudice amministrativo l'appellativo della specialità, sarebbe forse meglio identificarlo quale giudice ordinario delle questioni relative all'esercizio, o al mancato esercizio, del potere amministrativo²⁹.

Il plesso giurisdizionale amministrativo si compone del Consiglio di Stato e dei Tribunali amministrativi regionali, organi giurisdizionali di primo grado della giustizia amministrativa. Sia l'uno che gli altri godono della copertura costituzionale di cui all'articolo 103, anche se la collocazione "propria" dei Tribunali amministrativi regionali è all'articolo 125 del titolo V della Costituzione³⁰, la qual cosa è stata oggetto di letture attente a porre questa articolazione del giudice con le specificità delle autonomie territoriali³¹. L'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali, prevista

²⁸ Per una sintesi di questo dibattito si veda E. FOLLIERI, *La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 911 ss.

²⁹ Con riferimento agli argomenti presenti nel testo, più ampiamente e molto chiaramente, A. POLICE, *La mitologia della "specialità" ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Quest. giust.*, 2015, 136 ss.

³⁰ G.D. COMPORI, *50 anni di TAR. L'alchimia localista per una giustizia al servizio dei cittadini*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 339 ss.

³¹ I.M. MARINO, *Autonomie e democrazia. Profilo dell'evoluzione dell'autonomia e della sua ricaduta sul sistema giuridico*, in *Nuove autonomie*, 2007, 197 ss., dove il Chiaro Autore, proprio muovendo da una lettura sistematica dell'articolo 125 con le altre disposizioni costituzionali, considera necessario "un sistema di giustizia amministrativa che si evolva anch'esso nella considerazione del principio di articolazione. Il confronto fra autonomie (siano esse pubbliche quanto private), sviluppato nell'amministrare, è necessario e conseguente che sia nell'effettiva condizione di riversarsi nel giudizio eventualmente instaurato, pur corrispondendosi alla funzione del processo", *ivi*, 210. Questo, ancora,

in Costituzione ma avvenuta solo negli anni settanta del secolo scorso, non ha inciso concretamente sulla struttura del giudizio (di appello) innanzi al Consiglio di Stato, che non ha quindi assunto le sembianze di un giudizio cassatorio, come pure autorevolmente era stato adombrato³². Peraltro, la nuova presenza del giudice amministrativo di primo grado, piuttosto che sollecitare riflessioni sull'organizzazione della giustizia, ha alimentato il dibattito scientifico rispetto alla struttura del giudizio, e sul funzionamento di alcuni istituti all'interno di questo³³.

Il Consiglio di Stato, per l'ordinaria competenza che deve costituzionalmente riconoscersi al giudice amministrativo rispetto a quello ordinario, è giudice anch'esso di merito, ma d'appello e di ultimo grado. Respinte

perché *“la giustizia “amministrata in nome del popolo” e “la giurisdizione-processo in cui la giustizia si realizza, può essere effettiva soltanto se riesce ad articolarsi e a vivere il pluralismo secondo la stessa direzione oggi assunta dall’ordinamento nel suo complesso: la giustizia-giurisdizione, tradizionale attributo della sovranità, deve seguire, per così dire, le sorti della sovranità corrispondendo alla democraticità portata oggi dalle idee guida del pluralismo e della “complessità”, della partecipazione e della pariordinazione fra amministrazioni pubbliche e cittadini”*, ivi, 211, Nel senso di una “rilettura” dell’articolo 125 della Costituzione anche A. BARONE, *La vocazione “unitaria” delle giurisdizioni*, in E. FOLLIERI - A. BARONE, *I principi vincolanti dell’Adunanza plenaria del consiglio di stato e il codice del processo amministrativo (2010-2015)*, Padova, 2015, 1 ss., 19 ss.

³² F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, vol. XIX, 589 ss., 610 ss.

³³ M. NIGRO, *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa dopo la legge sui tribunali amministrativi regionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1815 ss., 1851 ss., dove con riferimento alle trasformazioni organizzative determinate dalla istituzione dei Tribunali amministrativi regionali si esponeva che *“il problema è, dunque, se da questa modificazione possano venire spinte di trasformazione anche del modo come il giudice amministrativo prende conoscenza dell’attività amministrativa, la sindaca e la conforma ai propri accertamenti. È ragionevole presumere che sia così. È ragionevole presumere che giudici nuovi, operanti in regime pluralistico ed in ambienti giudiziari più ampi, non legati totalmente e direttamente alla disciplina di una tradizione giurisprudenziale, sottratti almeno in una prima fase all’azione di altri meccanismi riduttivi della loro libertà di decisione (esempio spirito di corpo), più distaccati dall’amministrazione che il giudice al quale sono succeduti, siano disposti ad una maggiore aggressività nei confronti dell’amministrazione stessa, per un verso rompendo alcuni degli schemi formalistici in cui si ingabbiava il Consiglio di Stato, per l’altro portando ancora più avanti la linea evolutiva avviata dal Consiglio. Dovrebbe risultrarne un più netto superamento del tipo puro di processo di impugnazione ed una più franca apertura del sindacato nel senso più volte sopra messo in rilievo”*, ivi, 1851-1852.

in Corte costituzionale³⁴, prima, e alla Corte di Giustizia europea³⁵, poi, le tendenze della Corte di cassazione ad ampliare la proponibilità e la rilevanza dei motivi di ricorso inerenti alla giurisdizione di cui all'articolo 111 della Costituzione, manca per ciò la pur astratta configurabilità di un rimedio cassatorio avverso le sentenze del Consiglio di Stato. Tale opzione, quindi, al limite nei termini della introduzione di una cassazione amministrativa che costituisca un terzo grado «interno» allo stesso plesso giurisdizionale amministrativo, resta al momento nella sola disponibilità del legislatore³⁶.

Nella comunanza delle attribuzioni decisorie del giudice amministrativo di primo e di secondo grado, al Consiglio di Stato come istituzione permangono anche dopo la Costituzione funzione consultive. Inoltre, l'accesso ai ruoli della Magistratura amministrativa conosce delle diversità tra il Consiglio di Stato e i Tribunali amministrativi regionali. Su entrambi i profili è il caso di soffermarsi perché, sulla scorta di queste basi fattuali, se ne è talvolta criticata l'indipendenza del Consiglio di Stato, e quindi a cascata l'inidoneità strutturale della giustizia amministrativa, quantomeno nella sua conformazione attuale, nel potere svolgere con l'imparzialità richiesta dalla funzione l'esercizio della stessa giurisdizione.

La «commistione» tra funzioni consultive e giurisdizionali da parte del Consiglio di Stato ha origini storiche datate³⁷, e per certi aspetti pone i presupposti per una giustizia amministrativa che, nel suo momento dell'esercizio della giurisdizione, sia maggiormente idonea nel comprendere quanto si agita nei rapporti tra i privati e l'amministrazione pubblica. Essa, quindi, risulta potenzialmente idonea a implementare, piuttosto che

³⁴ Corte costituzionale, 18 gennaio 2018, n. 6.

³⁵ Corte di giustizia europea, grande sezione, 21 dicembre 2021, *Randstad* (C-497/20).

³⁶ Per una panoramica di alcune esperienze straniere al riguardo cfr. A. MASUCCI, *Le cassazioni amministrative. Le esperienze tedesca e francese*, Milano, 2016, cui *adde* Id., *Nomofilachia ed accesso al giudice di Cassazione nei processi amministrativi. Le esperienze tedesca, francese e spagnola*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2016, 639 ss. anche per l'analisi dell'esperienza spagnola.

³⁷ G. ROHERSSEN, *Consiglio di Stato e pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 1 ss., anche per riferimenti ulteriori. Per una analisi recente, pure rispetto alla compresenza in capo al Consiglio di Stato di funzioni consultive e giurisdizionali, cfr. G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 889 ss., 924 ss.

a far regredire, il livello di penetrazione della tutela. D'altra parte, si tratta di funzioni separate e distinte, che si intersecano solo eventualmente, precisamente nel momento della proposizione di un ricorso che interessa una questione sottoposta al Consiglio di Stato in sede consultiva. Se questo è il punto d'incontro, tuttavia, sembrerebbe sufficiente attenzionare, anche sulla scorta degli indirizzi presenti in alcune pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, il profilo delle incompatibilità, segnatamente dovendosi evitare che quei Magistrati che si sono occupati di un particolare affare nella sede consultiva se ne occupino poi anche in sede giurisdizionale³⁸. Ancorché opportuna, del resto, non sembra al riguardo strettamente necessaria la presenza di disposizioni ad *hoc*, potendo autonomamente rilevare le previsioni generali in materia, i principi generali dell'ordinamento e gli obblighi deontologici che sul giudice incombono³⁹.

Questioni in qualche misura analoghe pertengono all'attività di taluni Magistrati amministrativi negli Uffici di governo, o talvolta nelle amministrazioni indipendenti. Anche in questo caso si tratta di un'attività storicamente esercitata dai Consiglieri di Stato, con una estensione odierna che interessa l'intero corpo della Magistratura amministrativa. Così, se la stessa può essere utile per chi la riceve, non di meno ne è anche arricchito il bagaglio professionale di chi come giudice deve per principale mestiere occuparsi di controversie che riguardano l'attività dell'amministrazione pubblica⁴⁰. In tema di incompatibilità non sembra che rilevino circostanze diverse da quelle prima dedotte con riferimento alla funzione consultiva, ed il rimedio sembrerebbe per ciò quello per cui non dovrà evidentemente occuparsi di un affare in un giudizio amministrativo chi in qualche misura ne è stato interessato nell'esercizio dell'attività prestata a favore della pubblica amministrazione. Infine, quanto all'argomento per cui la perduranza nel tempo di questo genere di incarichi "extraistituzionali" cementifica il rapporto con la politica minando in radice l'indipendenza del giudice, va detto che sia disposizioni legislative che interventi del Consiglio di

³⁸ Sul punto cfr. ancora G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, anche per i richiami alla pertinente dottrina e i riferimenti giurisprudenziali, *ivi*, 926 ss.

³⁹ Complessivamente nel senso di cui al testo E. FOLLIERI, *Le garanzie di indipendenza del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1234 ss., 1247 ss., 1253.

⁴⁰ Così E. FOLLIERI, *Le garanzie di indipendenza del Consiglio di Stato*, *cit.*, 1259.

Presidenza della giustizia amministrativa ne hanno diminuito la possibile durata complessiva, dunque depotenziando la criticità in questione⁴¹.

Un altro elemento critico che è stato segnalato concerne la nomina governativa di un quarto dei Consiglieri di Stato⁴². Non si tratta, tuttavia, di una scelta sganciata da(i) requisiti di qualificazione, che sono peraltro preventivamente “verificati” dal Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa. D’altra parte, una volta nominati, anche questi giudici godono della inamovibilità, di modo che né la (eventuale) «sede» di provenienza né l’indicazione politica risultano idonee a intaccare, quanto meno non strutturalmente, i profili di indipendenza del giudice⁴³.

Un’altra questione, per la verità in evidenza in ragione di una nomina recente di un Presidente del Consiglio di Stato in qualche misura «indirizzata» dal Governo della Repubblica, concerne la nomina governativa del Presidente del Consiglio di Stato. Per questa nomina, però, occorre sempre la preventiva indicazione del Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa, ancorché, come nel caso «critico» prima ricordato, relativa a una rosa di nomi (idonei) rispetto ai quali effettuare la scelta. D’altra parte, e a tutto concedere, è difficile ritenere che un singolo, ancorché al vertice, possa radicalmente incidere sulla indipendenza della istituzione, che va invece sempre e comunque verificata a partire dalla strutturale imparzialità dei Collegi giudicanti.

Sebbene nessuna tra le criticità avanzate assuma effettivo rilievo, rimane senz’altro rilevante constatare la fecondità del punto di osservazione proposto. La componente strutturale del giudizio, anche per come organizzativamente si articola rispetto all’organo giudicante, costituisce infatti uno degli elementi da tenere in considerazione in ordine agli esiti concreti delle decisioni giurisdizionali. Emerge quindi un primo elemento di «contesto», di cui insieme ad altri (ancorché diversamente dislocati) occorre

⁴¹ Cfr. tuttavia le argomentazioni in merito assai perplesse di G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo tra antiche criticità e persistenti insidie*, cit., 941 ss. e E. FOLLIERI, *Le garanzie di indipendenza del Consiglio di Stato*, cit., 1263 ss.

⁴² Cfr. in generale S. BACCARINI, *Status e carriere dei giudici amministrativi*, in *Giustamm*, n. 6/2017.

⁴³ Pur con alcune perplessità, e dando puntuale conto di tutti gli elementi critici nel tempo espressi dalla dottrina, cfr. ancora G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo tra antiche criticità e persistenti insidie*, cit., 930 ss.

tenere in considerazione al fine di verificarne l'incidenza concreta rispetto all'esercizio della giurisdizione amministrativa.

3. Il processo amministrativo

La tutela del privato nei confronti del potere pubblico non abbisogna solo di un giudice («idoneo»), ma anche di una struttura adeguata nell'ambito della quale la stessa possa svolgersi, e cioè di un adeguato ambito all'interno del quale la giurisdizione amministrativa possa essere effettivamente esercitata.

Così, spostando l'analisi nei confronti dei profili funzionali/dinamici della tutela⁴⁴, si staglia come dato rilevante il passaggio dal giudizio al processo amministrativo, evoluzione che ha poi avuto nel codice del processo amministrativo la sua consacrazione effettiva, anche da un punto di vista «grammaticale»⁴⁵. Non che la giurisprudenza, anche quella Corte costituzionale⁴⁶ non si fosse in tal senso in tal senso già adoperata, e d'altra parte già prima del codice nel giudizio amministrativo impattava la riforma costituzionale sul giusto processo, con ulteriore attenzione sulla parità delle parti e sul contraddittorio, ancora di recente oggetto di attenzione da parte della dottrina⁴⁷.

Si è prima ripreso il tema della parità delle parti nel processo, ma sebbene questo dato appaia intuitivamente ineluttabile in qualunque giudizio prima ancora che in un processo, va detto che la propensione nei confronti di un giudizio di parti non fu immediata⁴⁸, e difatti anche nelle ricostruzioni

⁴⁴ Secondo una impostazione concettuale che si deve a V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966.

⁴⁵ A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al libro I*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 100 ss.

⁴⁶ Da ultimo, vedi i contributi presenti in E. FOLLIERI (a cura di), *La giurisprudenza della Corte Costituzionale sul processo amministrativo*, Bari, 2018.

⁴⁷ S. TARULLO, *Giusto processo*, in *Enc. dir., Ann. II*, Milano, 2008, 377 ss.

⁴⁸ Non è ad esempio rinvenibile in E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo)*, cit., *passim*.

della dottrina faticò ad affermarsi⁴⁹, anche se poi fu progressivamente raffinata⁵⁰.

In sé, la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, nonostante alcune voci molto autorevoli⁵¹, è stata solo occasionalmente discussa⁵². Di recente, però, stante anche la difficoltà di introdursi negli spazi, in effetti talvolta anche angusti secondo la ricostruzione giurisprudenziale, concessi dalle condizioni dell'azione, è tornato l'interesse per il tema connesso della legittimazione al ricorso⁵³. In diversi se ne sono occupati cercando di ampliare l'accesso alla tutela, con sfumature ora propense ad avvicinare la legittimazione nel processo amministrativo a quella corrispondente nelle tutele civilistiche⁵⁴, ovvero (ri)accostandosi ai temi della legittimazione oggettiva⁵⁵. La giurisprudenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nel dibattere su questi temi, ha dato diligentemente conto delle opinioni affastellatesi, sembrando tuttavia propendere per una sostanziale conferma dell'orientamento tradizionale⁵⁶. In questo contesto come in altri, però, la nozione di interesse al ricorso sembra sfumare, avvicinandosi nell'essere una questione di merito⁵⁷.

⁴⁹ E. STICCHI DAMIANI, *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, 1988; F. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, Napoli, 1989. Prima, ma con una impostazione lontana dalla soggettività della tutela, F. D'ALESSIO, Roma, 1915.

⁵⁰ G. DE GIORGI CEZZI, *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2013, 401 ss. nonché ID., *Note in tema di parti nel processo amministrativo*, in *Federalismi*, 2017, 1-12.

⁵¹ E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942.

⁵² Per un quadro del dibattito si veda F. FRANCIOSI - M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e profili soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Napoli, 2017.

⁵³ Per l'impostazione tradizionale, cfr. R. VILLATA, *Legittimazione processuale (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. giur.*, 1990, 1 ss.

⁵⁴ S. MIRATE, *La legittimazione al ricorso nel processo amministrativo*, Milano, 2018.

⁵⁵ Con diversità di sfumature M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa. «Per una piena realizzazione dello Stato di diritto»*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017 e B. GILBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020.

⁵⁶ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 9 dicembre 2021, n. 22.

⁵⁷ L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004.

Rispetto alla consistenza della tutela somministrata molte sono state le evoluzioni.

La dottrina si è brillantemente occupata di delineare le forme di tutela nel contesto della giurisdizione esclusiva, evidenziandone la caratteristica di giurisdizione piena⁵⁸.

Si è ammessa, e quindi perfezionata, la tutela contro l'inerzia dell'amministrazione⁵⁹, ed oggi quella processuale consente non solo l'ordine di provvedere per la pubblica amministrazione, ma anche l'indicazione sul come provvedere se non residuano poteri amministrativi da esercitare⁶⁰.

Si è dapprima ammesso, e poi raffinato, il sindacato sulla c.d. discrezionalità tecnica, distinguendosi in particolare tra opportunità, opinabilità e complessità della valutazione⁶¹. Con il solo limite della sostituzione, il giudice amministrativo è così oggi in grado di sviluppare un sindacato penetrante, e con accesso pieno al fatto⁶².

La tutela non è più solo demolitoria, e quindi di tipo costitutivo. Essa, invece, conosce la pluralità delle azioni⁶³, che ricomprendono sia il risarcimento che, a determinate condizioni, anche la possibilità di condanna per l'amministrazione alla emanazione del provvedimento richiesto⁶⁴. Sono stati precisati, ed in effetti ampliati, i poteri del giudice nell'ambito dell'ottemperanza⁶⁵. Per altro verso, la dottrina si è posta anche il problema di

⁵⁸ Fondamentale deve al riguardo ritenersi lo studio di A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. I, *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000 e vol. II, *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001. Ma si veda anche V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988.

⁵⁹ Su di che è imprescindibile F.G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971.

⁶⁰ Divieto che assume anche rilevanza nel contesto dell'azione di adempimento, cfr. M. MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 67 ss.

⁶¹ F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato: poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005.

⁶² G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, 2003; S. LUCATTINI, *Fatti e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 203 ss.

⁶³ Cfr. già prima del c.p.a. M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2005, 557 ss.

⁶⁴ P. CERBO, *L'azione di adempimento e i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1 ss.

⁶⁵ F. MANGANARO, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune*

tutelare le prerogative dell'amministrazione pubblica al cospetto del protagonismo nell'esercizio dell'azione penale⁶⁶.

Poco a volta che la tutela si amplia, e che la legittimità asciuga progressivamente il merito⁶⁷, emerge il vero punto critico del rapporto tra potere pubblico e tutela nell'ambito della giustizia amministrativa. Non si tratta (più) solo di definire i confini del sindacato di legittimità⁶⁸, ma al fondo di ripermire sia la perduranza del potere amministrativo, e la sua consistenza, al cospetto del giudizio di annullamento⁶⁹, sia soprattutto l'effettiva dimensione delle pretese del privato, quindi con l'oggetto stesso del processo amministrativo che ridiviene oggetto di analisi⁷⁰.

Fermo l'eccellente lavoro della giurisprudenza e della dottrina nell'accrescere l'effettività della tutela, rimane tuttavia da chiedersi se il singolo processo, anche se espressione della migliore estrinsecazione della tecnica processuale, possa sempre risultare la dimensione più utile per sviluppare ogni ragionamento in tal senso. Per questa ragione, pur rimanendo all'interno dell'analisi della giustizia amministrativa, si propone di allargare il campo d'indagine nei riguardi di tutta una serie di elementi di che pur non costituendo esercizio di attività giurisdizionale, si propongono di rafforzarla al fine di renderla più efficiente ed utile. Non si tratta quindi abbandonare lo studio del diritto processuale amministrativo o di proporre ibridazioni, ma solo di estendere le ricerche verso contesti nei quali, proprio in ragione delle trasformazioni in atto nella giustizia amministrativa, potrebbe effettivamente spostarsi il baricentro della tutela nei confronti del potere pubblico.

dell'accertamento, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 534 ss.

⁶⁶ S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme a Costituzione*, Torino, 2020, ma si veda anche il più datato di C. FRANCHINI, *Il controllo del giudice penale sulla p.a. Introduzione al tema*, Padova, 1988.

⁶⁷ A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir. amm.*, 2008, 517 ss.

⁶⁸ M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018.

⁶⁹ Tra gli studi più recenti in argomento F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017.

⁷⁰ A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. La situazione giuridica sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, 2022.

4. Giurisdizione e giustizia amministrativa

La progressiva evoluzione del giudizio amministrativo in processo ha permesso di spingere molto in avanti, non solo in termini pratici ma anche culturali, le tutele del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

Tale progressione, tuttavia, ha prodotto una speculazione teorica che ha del tutto isolato il momento processuale, ponendolo quale oggetto di una valutazione che prescinde dal contesto in cui lo stesso si (ri)produce⁷¹. Sono stati così sottratti alla riflessione scientifica elementi importanti che, opportunamente depurati da incrostazioni ideologiche⁷², avrebbero forse potuto arricchire i contenuti della ricerca, anche al fine di contribuire alla comprensione di esiti pratici non sempre allineati alle teorie che vorrebbero offrirne spiegazione.

Non si tratta, a dire il vero, di una condizione esclusivamente riferibile al diritto amministrativo, essendo la stessa comune a più ambiti disciplinari, se non agli studi giuridici nella loro interezza. Così come l'attenzione per l'ordinamento giudiziario si è dimostrata latente⁷³, non particolare interesse pare esservi stato anche per l'organizzazione della giustizia amministrativa e, per ciò che consta, anche per la relazione tra questa e gli sviluppi, teorici come pratici, del processo amministrativo⁷⁴.

⁷¹ Ovvero, quando lo si è fatto, al fine di sostenere che non possa (debba?) esservi una "giustizia amministrativa", cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005, in particolare 73 ss.

⁷² Specie nella rappresentazione comune, ma anche in quella dei giuristi ancorché non pubblicisti, spesso si descrive una contrapposizione tra la giustizia "ordinaria", intesa come il luogo della tutela del cittadino, e la giustizia amministrativa, considerata invece quale "posto" di privilegio per il potere pubblico. Sulle difficoltà di edificare una divulgazione efficace delle problematiche sul tappeto a partire da tali premesse "ideologiche" cfr. ancora A. PAJNO, *Trasformazioni della giustizia amministrativa*, cit., 419.

⁷³ A. PIZZORUSSO, *Una disciplina giuridica trascurata dalla ricerca e dalla didattica*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 811 ss.; F. DAL CANTO, *Ordinamento giudiziario e insegnamento universitario: le vicissitudini, una rapida panoramica e qualche spunto in prospettiva*, in *Foro it.*, 2007, V, 261 ss.

⁷⁴ Se non appunto nella dimensione escludente, che non ritiene costituzionalmente compatibile l'intero impianto della giustizia amministrativa, cfr. ancora A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, cit., 129 ss.