

A proposito del controllo di legalità

Giuseppe Romeo
Presidente del TAR Calabria

<http://www.giustizia-amministrativa.it/>

1.- Se si vuole affrontare il tema del controllo di legalità, proprio della giurisdizione amministrativa, anche senza alcuna pretesa di esaurire il tema in questa breve riflessione, non si può evitare un accenno alla crisi delle forme legali in cui la modernità ha racchiuso il diritto (P. Grossi, 2012). La dottrina contemporanea più sensibile avverte in tutte le sue implicazioni la crisi della formulazione classica della legalità di matrice illuministico-liberale (F. Merusi, 2007). Quale effetto di questa crisi la giustizia amministrativa subisce la perdita della sua connotazione originaria. Dal suo inizio essa ha vissuto nella confortante consapevolezza che la sua *voluta* esistenza fosse dovuta alla necessità di accompagnare lo svolgersi del potere pubblico secondo modalità legali che servissero a garantire interessi privati, privi di adeguata tutela davanti al giudice ordinario, al quale era precluso, secondo il dogma della rigida divisione dei poteri, ogni controllo sull'agire della pubblica amministrazione.

Tutta la giustizia amministrativa si è sviluppata attorno alla formula dell'interesse legittimo che è divenuto sin da subito il suo oggetto; una formula che ha più il sapore di una astrazione che di una figura concettuale idonea a qualificare una reale posizione giuridica. Una astrazione che ha però consentito la trasposizione in sede giurisdizionale del conflitto mai sopito tra interesse generale e interesse particolare, così tipico dello Stato moderno, la cui costruzione è avvenuta in netta contrapposizione con l'individuo.

Sorge così la giustizia amministrativa accanto alla giurisdizione del giudice ordinario. Il modello legale che ne condiziona la validità e l'efficacia è molto semplice, quasi rudimentale: un *interesse* individuale, che presto acquisisce la qualificazione di legittimo e si afferma quale situazione legittimante (art. 26 T.U. 1923); un *atto* amministrativo che, dotato di una propria intrinseca forza autoritativa, è in grado di incidere negativamente sulla posizione del privato; una *lesione* personale e diretta, prodotta dall'azione amministrativa.

Una giustizia, quella appunto amministrativa, dimensionata sul potere, il cui svolgimento disciplina. Una giustizia che si alimenta della dialettica tra interesse pubblico e interesse privato, strettamente compenetrata con le manifestazioni del potere, il cui limite non è costituito tanto dal presidio legale della sfera privata, connotata in senso prevalentemente proprietario, quanto dalle forme legali che ne legittimano l'uso.

A questa giustizia amministrativa era necessaria la sola efficacia, nel senso di avere la capacità di ricondurre il potere nei limiti che la forma legale ad esso assegna.

2.- Il potere ha la sua legittimazione nella norma che lo prevede, per cui ciò che il singolo può chiedere al giudice amministrativo è che il suo svolgersi sia *legale*, conforme alla previsione normativa, e non che non sia ripetibile. La ben nota formula della "salvezza degli ulteriori provvedimenti" chiarisce meglio di qualunque teorizzazione il carattere formale della giustizia amministrativa, il cui compito principale, se non unico, è quello di garantire l'autonomia della pubblica amministrazione dalle possibili interferenze del giudice ordinario.

I fatti sono estranei all'ambito della giustizia amministrativa, la quale, all'origine, si occupa delle forme che regolano la dimensione giuridica del potere. Anche il più pregnante controllo della funzione amministrativa sotto il profilo dell'eccesso di potere non attinge mai in profondità *i fatti della vita*, i quali vengono sempre riguardati secondo modalità che non precludono al potere amministrativo di continuare a svolgersi.

Ogni episodio di vita che registra il conflitto del privato con l'esercizio del potere, resta vincolato al controllo di legittimità che il giudice amministrativo esercita per verificare che la

dimensione giuridica dell'agire amministrativo sia conforme a quella legale. Il privato non viene attinto nella sua sfera sostanziale da una pronuncia giurisdizionale allo stesso favorevole.

È naturale che questa giustizia, fatta di forme, non avesse né necessitasse di compiutezza ed effettività. Le pronunce dichiarative e/o costitutive del giudizio amministrativo, di norma, esauriscono in sé ogni effetto, per cui non è uno scandalo che la neonata giustizia amministrativa sia sorta priva di un rimedio che abbia la capacità di "chiudere" il sistema.

Nelle controversie del singolo con la pubblica amministrazione, la posizione privata è, e resta, separata da quella pubblica. Sono solo i diritti riconosciuti *aprioristicamente* al singolo che, una volta accertati dal giudice ordinario, non possono essere esposti al rischio dell'incertezza e consegnati alla spontanea adesione della amministrazione ai giudicati civili.

Fu per questo che l'espedito (art. 27 n. 4, t. u. n. 1054 del 1924), diretto a rafforzare l'obbligo delle autorità amministrative di "conformarsi al giudicato" fu limitato a quello dei "tribunali in quanto riguarda il caso deciso" (art. 4, L. abol. cont. amm.) e non fu previsto per il giudicato amministrativo. Può essere che fosse dubbia l'autorità di cosa giudicata delle decisioni del Consiglio di Stato, nonostante la sua acquisita indipendenza dall'esecutivo, ma è anche lecito pensare che la coerenza del sistema di giustizia amministrativa non richiedesse che tali decisioni fossero portate ad effetto, perché definivano i rispettivi ambiti (pubblico e privato) e, al tempo stesso, verificavano lo svolgersi del potere pubblico secondo le forme legali prestabilite.

Una tale esigenza sorse ben presto, una volta che il giudizio amministrativo cominciò ad affermarsi quale efficace rimedio per la tutela non solo della sfera proprietaria, destinata comunque a cedere di fronte all'agire legale della pubblica amministrazione, ma per dirimere in concreto il conflitto tra la sfera di libertà dell'amministrazione e la sfera di libertà dei singoli, in un contesto che registrava l'ampliamento della attività dell'Amministrazione, i cui compiti interessavano i più diversi ambiti sociali.

3.- All'estensione del giudizio di ottemperanza al giudicato amministrativo, la quale ha contribuito nel tempo ad erodere l'autonomia della sfera pubblica, *non ha corrisposto* un mutamento del modo di intendere il principio di legalità, come conformità a un diritto già posto.

Il giudice amministrativo non cessa mai di perseguire l'obiettivo di difendere gli interessi privati mediante la verifica giurisdizionale della correttezza dell'azione amministrativa, che deve essere finalizzata all'interesse pubblico fissato dalla legge, e della corrispondenza dell'atto amministrativo al modello normativo.

Sebbene nel lavoro interpretativo del giudice amministrativo, il momento conoscitivo della regola (quando esiste) spesso regredisce rispetto a quello decisorio, il controllo giurisdizionale del potere amministrativo si svolge all'interno dei (e secondo i) modelli normativi esistenti, i quali sono stati adattati al fluire della vita amministrativa in continuo divenire.

La tensione tra interpretazione/applicazione delle forme giuridiche esistenti, che ha di fatto definito la regolazione della vita amministrativa, è vissuta con la consapevolezza che non è possibile superare la concezione di un diritto che si identifica con le forme legali e che è monopolisticamente prodotto da uno Stato (appunto di Diritto), costruito sulla dialettica "pubblico-privato", laddove per pubblico deve intendersi statale.

All'interno di questa dialettica, il giudice amministrativo ha trovato modo di imporre nuovi limiti all'agire amministrativo, nell'intento di proteggere ed ampliare situazioni soggettive collegate con l'esercizio del potere, ma non ha mai direttamente attinto ai "fatti" per dare veste giuridica a bisogni emergenti nella società.

Egli è rimasto un "giudice legalitario" che ha interpretato/applicato le forme legali con modalità che hanno determinato lo svuotamento della sfera pubblica e progressivamente allargato quella privata, secondo un paradigma che assegna alle forme legali un valore di riferimento nella regolazione della vita amministrativa.

Anche nel momento di maggiore attenzione ai bisogni individuali, assunti dallo Stato quale cifra della sua legittimazione, il giudice amministrativo non cessa di essere un "giudice legalitario".

Egli smette di segnare i limiti di legittimità dell'azione amministrativa, perché percepisce che la sfera privata non può essere tutelata con il solo rispetto delle regole procedurali poste a presidio di questa. L'affrancamento del cittadino dal bisogno necessita che il potere abbia uno svolgimento obbligato: assicurare al cittadino quell'utilità che l'amministrazione è tenuta a dare secondo la sovrastante previsione normativa. La prospettiva formale non viene però abbandonata; muta l'orientamento di fondo del giudice amministrativo che interpreta le regole secondo i valori emergenti nella società, ai quali l'attività amministrativa deve conformarsi mediante l'esercizio di una funzione che, abbandonata la cura di autonomi interessi pubblici, deve porsi immediatamente al servizio del cittadino.

D'altra parte, le norme, in questo periodo di massima espansione dello Stato sociale, tendono ad assumere un carattere spiccatamente organizzativo e procedurale, per cui, mediante una accorta interpretazione/applicazione, è possibile garantire l'affermazione dei valori che si vogliono tutelare nel caso concreto.

4.- Il procedimento continua ad essere la forma dell'esercizio del potere che, nelle sue scelte, deve coinvolgere il cittadino, le cui aspettative (non importa che siano o non siano riconosciute normativamente) ambiscono ad essere giuridificate.

In un contesto sociale sempre più orientato alla emersione di nuovi interessi, la forma degli atti amministrativi, sebbene resti l'oggetto del sindacato del giudice amministrativo sotto il profilo della sua rispondenza al modello legale, viene scrutinata per il significato che essa ha assunto di veicolo di utilità che il cittadino, facendo valere la dimensione acquisitiva dell'interesse legittimo, aspira ad ottenere nel (e con il) processo.

Il giudice amministrativo si serve delle forme esistenti e modifica la prospettiva del controllo giurisdizionale della azione amministrativa: il rispetto delle regole, da formale che era, viene riportato al sistema dei valori esistenti e al loro intrecciarsi con le esigenze che la fattispecie concreta presenta.

Sorgono nuovi modelli di vita amministrativa che sono difficili da ordinare, perché la realtà non è mai riproducibile in serie costanti nei suoi tratti specifici. Sopravvive anche l'esigenza di certezza, che viene reiteratamente invocata, (si veda ora l'insistito richiamo all'art. 99 cpa sul ruolo della Adunanza Plenaria, che dovrebbe, nella sua funzione nomofilattica, garantire una interpretazione uniforme, dimenticando che le vicende sottoposte alla Plenaria patiscono l'effetto devolutivo, con ogni conseguenza sul piano della ricostruzione dei fatti che compongono la fattispecie sottoposta a giudizio), e si reclama l'omogeneità degli indirizzi giurisprudenziali, che solo una logica qualificatoria di stampo formale può fare rivivere.

La scoperta di una pluralità di fonti e la scomparsa del primato della legge, quale parametro assoluto della legalità, in un quadro che vede la prevalenza delle fonti comunitarie e delle pronunce della CEDU, oltre che dei principi-valori costituzionali, non consentono operazioni di sintesi definitive né tanto meno il riconoscimento di orientamenti consolidati, affermatasi in virtù del consenso di dottrina e giurisprudenza su determinate interpretazioni.

Anche lo scadimento dell'interesse pubblico a fattore di persuasione psicologica nella argomentazione del giudice amministrativo, non lascia spazio a possibilità di osservare l'azione amministrativa sotto il profilo della sua rispondenza ad un modello formale, che, nella sua astrattezza, dovrebbe garantire il perseguimento di un preteso interesse pubblico, la cui autonoma gestione sarebbe di pertinenza della pubblica amministrazione.

La verità è che, venuta meno la configurazione dello Stato di tipo razionalistico-continentale, che aveva preteso di sintetizzare in sé la società civile, non è possibile disconoscere che l'azione amministrativa, un tempo rigorosamente subordinata alla legge che esauriva l'ambito della giuridicità, non realizza fini pubblici, preventivamente definiti, ma è tesa alla determinazione di interessi che aspirano ad essere assunti nel sistema giuridico.

È chiaro che se il mondo della giuridicità non può essere oggetto di regolazione nella sua interezza, anche l'agire dell'amministrazione, che nella sua azione viene a contatto con i valori di

continuo emergenti nella società, non corrisponde più a modelli legali predeterminati, se non negli aspetti spiccatamente procedurali che questi assumono.

Questa è la ragione per la quale si è fatto prepotentemente strada il canone (ormai positivizzato) della effettività della giustizia amministrativa, che ha di fatto emarginato il modello di processo impugnatorio, tipico di una stagione nella quale era sufficiente garantire alle due parti (amministrazione e privato) il rispetto delle reciproche sfere di competenza.

Il singolo reclama, nel processo, una pretesa “particolare” che vuole sia affermata nei confronti di “tutti”; una pretesa, la cui relazione con l’amministrazione è meramente accidentale, nel senso che prescinde da qualunque tipo di rapporto con essa, tenuta solo a darle riconoscimento.

5.- A questo punto è lecito porsi un quesito di fondo, necessario per verificare quale controllo di legalità il giudice amministrativo è oggi chiamato ad esercitare: può ancora dirsi che il giudice amministrativo svolga una attività che è sostanzialmente (sul piano formale lo è sicuramente a motivo della sua terzietà) qualificabile come giurisdizionale, in quanto indirizzata alla soluzione di una controversia che vede contrapposti due soggetti (amministrazione e cittadino), mediante l’attualizzazione di una norma ovvero l’affermazione di un principio-valore, reclamato dal singolo? La domanda rinvia ad altra questione, anch’essa di fondo: sopravvive una amministrazione che sia, nel dare attuazione alla legge (per lo più procedurale), titolare di un proprio interesse da gestire in autonomia e da fare valere nel processo nei confronti del privato?

La risposta a questo secondo quesito è necessaria perché il processo amministrativo (anzi ogni processo) è, per sua natura, “plurale”, e quindi il giudice amministrativo può assolvere al suo ruolo di solutore di conflitti solo se vi siano due parti che controbattono sul rispetto della “legalità” nel caso concreto.

Da quando si è avviato il processo di dissoluzione della sfera pubblica, al quale ha efficacemente contribuito il giudice amministrativo, l’atto amministrativo (salvo rare eccezioni) non esprime “la cifra dell’autorità”, la quale un tempo era legittimata a perseguire interessi pubblici in competizione con quelli privati secondo forme la cui validità era data dalla conformità al modello legale predefinito e il cui rispetto, in caso di contestazione, era affidato ad una pronuncia giurisdizionale.

L’atto amministrativo è oggi divenuto uno schermo nel quale si proietta la domanda particolare del privato, che, se misconosciuta dalla amministrazione, è introdotta nel processo amministrativo per una verifica della sua compatibilità con valori e interessi presenti nella società, oltre che della sua rispondenza alle regole legali in vigore.

Il giudice amministrativo, sebbene non manchi (contraddittoriamente, quasi abbia bisogno di una copertura legislativa nella sua opera di interpretazione/applicazione) di reclamare norme che non esistono e di sottolineare lacune da colmare, accentua la propria “funzione creativa” per dare tutela “effettiva” a interessi particolari che non trovano nei modelli legali di riferimento una sufficiente protezione. La domanda di giustizia è scrutinata per quello che si reclama secondo tecniche processuali che non si arrestano di fronte al *tabù* della forma dell’agire amministrativo e della stessa norma che la prevede, la quale deve essere interpretata secondo canoni che tengano in debito conto del mutamento dell’assetto delle fonti (prevalenza della Costituzione e delle fonti comunitarie su quelle nazionali).

Il ruolo del giudice amministrativo risulta così potenziato, con il risultato inevitabile della perdita di autonomia dell’amministrazione, quasi completamente da esso surrogata in un contesto che vede allentato il vincolo con le regole legali.

È vero che la nozione di attività giurisdizionale si è venuta precisando nel tempo secondo modalità che hanno reso inattuale la figura di un giudice (ordinario e amministrativo) rigorosamente soggetto alle forme legali che monopolisticamente definiscono il diritto, secondo il rigido principio della separazione dei poteri, oggi sempre più in crisi.

Anche il giudice ordinario non patisce limiti legali e riconosce “valori” presenti nella società, strutturandoli a diritti (si pensi al “diritto alla *buona morte*” di discussa matrice

giurisprudenziale e al recentissimo “diritto alla vita familiare” delle coppie gay), nel senso che arricchisce l’individuo di un nuovo “bene” che allo stesso appartiene ed è dallo stesso godibile. Egli dà voce a nuovi diritti, recupera direttamente dalla società, dal mondo dei *fatti* quel complesso di valori che intende tutelare, e così realizza la sua autonomia ed indipendenza nella definizione del caso concreto, concorrendo alla determinazione del “diritto”, la cui produzione – come detto – non è più riservata al solo legislatore.

Al riguardo, la situazione della magistratura amministrativa è più delicata, soprattutto quando si prospetti il completo superamento delle regole legali e l’eventualità che si reclami direttamente nel processo l’affermazione di un bene particolare che si assume corrisponda a principi-valori che non possono essere misconosciuti

La magistratura amministrativa è sorta all’interno dell’*esecutivo*, è vissuta nell’*esecutivo* in forma strettamente embricata con il potere, si è affrancata sin da subito dall’*esecutivo*, svolge una attività specifica che è definibile giurisdizionale per la posizione di terzietà e di indipendenza dei soggetti che la compongono. Essa solo di recente si è avvicinata ai *fatti* (si vedano i poteri istruttori del nuovo codice, di cui si auspica sempre un ampliamento), che è sperabile vengano assunti con discrezione nella consapevolezza di non essere soggetto completamente “altro” rispetto alla amministrazione, di esercitare la *giustizia nell’amministrazione* secondo la classica formula fatta propria dalla Costituzione (l’accesso pieno al fatto può indurre il giudice amministrativo a sconfinare in un sindacato di merito con le inevitabili conseguenze in tema di giurisdizione, si vedano le sentenze della Cass. Sez. Un. nn. 2312 e 2313/2012, con le quali sono state annullate due sentenze del Cons. di St. che aveva, nonostante le risultanze della c.t.u., sostituito la valutazione discrezionale amministrativa riservata alla p.a. in tema di giudizio di affidabilità dell’aggiudicatario di una gara d’appalto).

Sembra che al momento tutto venga rimesso in discussione. E si capisce perché sorga l’interrogativo se il giudice amministrativo possa addentrarsi nel mondo dei fatti per avvalorare e dare effettività alle proprie decisioni che riconoscono all’individuo nuove utilità che *pubblicamente* non vengono chiamati *diritti* per evitare questioni di giurisdizione.

Un accostamento indiscriminato e penetrante ai *fatti* per cogliere direttamente la giuridicità che da essi promana, senza il filtro della amministrazione, altera il modello di giustizia amministrativa sino ad ora conosciuto e pone seri problemi in ordine alla sua legittimazione di organo giurisdizionale. Questa non dipende solamente dalla posizione di terzietà del soggetto che esercita la relativa funzione, ma dal metodo come questa si esercita, che non può essere confuso con quello dell’agire amministrativo (in questo senso può essere letta la discutibile sentenza della Cass. Sez. Un. n. 23302/2011, che ha cassato la sentenza n. 8252/2010 del Consiglio di Stato, perché il giudice amministrativo, nell’esercizio della speciale giurisdizione di ottemperanza, pur estesa al merito, ha ecceduto dai limiti legalmente imposti, invadendo il campo riservato alla pubblica amministrazione, e anche la successiva sentenza n. 3622/2012 della medesima Corte di Cassazione che ha fissato i limiti entro i quali può essere esercitato il sindacato di legittimità sulle delibere del CSM).

6.- Le conseguenze della (sviluppatasi) tendenza al rilevamento completo dei fatti per comprendere e decifrare l’episodio di vita amministrativa che il giudice amministrativo è chiamato a conoscere, non sono di poco conto.

È bene fermare brevemente la nostra attenzione su tali conseguenze per dare al discorso fin qui svolto un connotazione e un rilievo non soltanto astratto o teorico.

Il discorso svolto in altra sede con riferimento al *diritto globale*, secondo il quale “se la legislazione aveva un chiaro riferimento nel ‘mito’ della legalità, il diritto globale non può accampare tale pretesa e cerca chiavi diverse, spesso accontentandosi di ‘effettività’” (M.R. Ferrarese, 2012), non è estraneo alla percezione che della legalità la giurisprudenza amministrativa mostra oggi di avere.

Il *fatto* viene utilizzato dal giudice amministrativo nella sua materialità, svincolato dalla forma in cui la pubblica amministrazione lo ha racchiuso, e viene assunto quale strumento di interpretazione/applicazione del principio di legalità nella fattispecie concreta sottoposta al suo giudizio. Non si tratta solo di prendere in considerazione tutti gli aspetti dell'episodio di vita amministrativa che ha dato origine al ricorso giurisdizionale, per la verifica della legittimità dell'atto sotto il consueto profilo dell'eccesso di potere per difetto di presupposto. Sulla scena interpretativa fa irruzione il principio di ragionevolezza nella versione attualizzata della proporzionalità e della precauzione (che si vuole di derivazione comunitaria), la cui applicazione non può prescindere da una compiuta ricognizione dei *fatti*, ai quali l'attività amministrativa deve essere riportata.

Questa evoluzione pone – come detto - il problema della compatibilità con l'autonomia della amministrazione del suo controllo giurisdizionale che, pensato in relazione ad un *diritto* monopolizzato dal legislatore, viene esercitato secondo parametri che misurano la legittimità degli atti in funzione di principi-valori che la società esprime e della loro combinazione in relazione alle esigenze del caso concreto.

In questa prospettiva di un controllo che attinge direttamente dai *fatti* il parametro di legittimità, l'interesse legittimo (sul quale si continua a discutere, Giacchetti 2012), inteso come aprioristica posizione giuridica sostanziale, la cui titolarità, in caso di lesione, legittima la proposizione di un ricorso giurisdizionale, non trova alcuna giustificazione, e recenti vicende giurisprudenziali dimostrano che non è pensabile che si dia la figura di interesse legittimo, condizionata dalla preesistenza di uno *status* ovvero di una situazione (proprietaria o meno) che abbia un previo riconoscimento (anche indiretto) nell'assetto giuridico del nostro ordinamento.

Ci si vuole riferire al tema del rapporto tra ricorso principale e incidentale, le cui soluzioni giurisprudenziali esprimono, nel loro susseguirsi, il travaglio di una interpretazione aperta a un principio di legalità che va combinato con l'applicazione di principi-valori di derivazione comunitaria.

Più che le argomentazioni con le quali si giustificano le diverse conclusioni e le ragioni che hanno indotto il giudice amministrativo (ord. TAR Piemonte n. 208/2012) a non conformarsi ad un orientamento che aveva escluso dal novero degli interessi legittimi l'interesse strumentale alla ripetizione della gara, merita considerazione la modalità scelta per porre in discussione l'ultima acquisizione giurisprudenziale sul tema.

Una modalità che scruta i *fatti* (ambedue i partecipanti non hanno i requisiti di partecipazione alla gara), li riporta ai criteri legali che, secondo la tradizionale teorica, legittimano la proposizione del ricorso giurisdizionale, e sospetta che tali criteri non siano, in relazione ai *fatti*, adeguati ai principi-valori comunitari (parità delle parti, non discriminazione e tutela della concorrenza) in base ai quali deve essere risolto il caso concreto.

Quell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara che, dapprima riconosciuto quale posizione legittimante (Adunanza Plenaria n. 11/2008), era stato espunto dal sistema, perché questo esige che vada mantenuto il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa, (Adunanza Plenaria n. 4/2011), viene ancora sottoposto a verifica con una tecnica che denuncia una forte *gerarchizzazione* della interpretazione/applicazione e assegna, con una certa ingenuità, priorità alla fonte comunitaria, i cui principi si pretende debbano essere utilizzati secondo uno schema verticale che di fatto azzerà ogni pur possibile bilanciamento con altri valori, quale è appunto quello del carattere soggettivo della giurisdizione presente al momento nel nostro ordinamento.

Nella persuasione che i valori siano irriducibili a vincoli legali e che gli orientamenti interpretativi siano *mobili*, le situazioni, nelle quali questi possono avere incidenza, devono essere sottoposte all'organo che sta al vertice del sistema di controllo (nella specie Corte di Giustizia), l'unico che può garantire una interpretazione dei *fatti*, che sia effettivamente rispettosa dell'ordine di tali valori nella concretezza della fattispecie.

Adottando questa tecnica interpretativa, si capisce che l'interesse, quale posizione legittimante, non può trovare qualificazione giuridica in una sua considerazione *astratta* e

aprioristica da parte di un ordinamento che da tempo non esaurisce la *giuridicità* in un sistema di norme. Sono *i fatti* che nel loro fluire manifestano una *giuridicità* che esige tutela, la quale non può essere ristretta alla applicazione di un metodo interpretativo che assegna il primato al sistema *astratto*.

7.- Il costo di questa opzione interpretativa che riconosce ai principi-valori il loro giusto rilievo, è altissimo: la fine di un'esperienza giuridica amministrativa nella quale al formarsi della prassi della amministrazione concorrevano regole giurisprudenziali, dotate di una certa stabilità.

La scoperta dei *fatti* rende imprevedibile nei suoi possibili esiti ogni interpretazione delle norme che nei principi-valori devono trovare la necessaria "copertura", pena la loro inapplicabilità nel caso concreto, e, ancor di più, il consolidarsi di una prassi stabile che si rifletta in indirizzi uniformi e certi dell'agire amministrativo. Questo è segnato dagli interventi del giudice amministrativo che, nella episodicità dei suoi interventi, produce *il giusto* di volta in volta.

La pubblica amministrazione non è in grado di offrire un modello di vita amministrativa, che sia ripetibile nei casi presuntivamente simili. Spetta al giudice amministrativo la ricognizione ultima del significato delle norme da assegnare nel caso concreto in relazione ai *fatti evocati in giudizio*, la cui valutazione non patisce ormai alcun limite, neppure quello dell'insindacabilità della discrezionalità tecnica e amministrativa, sotto il profilo quest'ultima della opportunità della scelta effettuata.

L'osservanza formale delle regole legali può non coincidere con il rispetto del principio di legalità a motivo dell'ampiezza che contraddistingue quest'ultimo. Il diritto non viene interpretato secondo gli enunciati formali della regola, ma con il criterio del *corretto* o *non corretto*, che ha le sue radici in quei principi – valori che stanno sopra la norma legale e che, in ultima analisi, solo il giudice scopre e applica.

Le conseguenze sul piano della esperienza giuridica amministrativa sono incalcolabili: l'azione amministrativa è costituita in uno stato di perenne incertezza; l'interpretazione giudiziale si struttura in forma gerarchica con al vertice il giudice di appello, cui spetta la fissazione definitiva della tavola dei valori presenti nel caso concreto; la forza del precedente scema di fronte alla riscoperta di valori mutevoli e cangianti che il rifiuto di un atteggiamento di vincolo alla prescrizione normativa, incapace di esaurirne la portata, impone di tutelare.

La logica del caso per caso prende il posto di una (forse stagnante) uniformità di interpretazione, che non riesce ad affermarsi neppure nelle ipotesi in cui il materiale normativo esistente è così sovrabbondante da dare l'impressione che il legislatore abbia voluto *ingabbiare* ogni possibile *fatto* in un modello predefinito.

Il riferimento è alla interpretazione della disciplina dei contratti ad evidenza pubblica nei suoi molteplici livelli di produzione normativa (codice dei contratti, regolamento, determinazioni dell'Autorità di Vigilanza, *lex specialis*), la quale oscilla tra richiami a principi di carattere *sostanziale* e soluzioni rigorosamente *formali* (si veda la giurisprudenza in tema di garanzie fideiussorie ovvero di dichiarazioni ex art. 38 del codice dei contratti).

Non si può quindi dire che il giudice amministrativo persegua la finalità (auto-referenziale) della coerenza delle sue decisioni, quasi che le tesi espresse in un caso siano perfettamente sovrapponibili in altri. Piuttosto è altro il piano in cui si manifesta la tendenza all'auto – referenzialità del giudice amministrativo, ed è quello in cui egli pare condizionato in maniera davvero decisiva dal principio (di recente conio) di effettività della giustizia amministrativa. Questo principio è divenuto un fatto costitutivo della giurisdizione amministrativa, un filtro attraverso cui valutare il corretto uso del metodo interpretativo che, nei suoi esiti finali, deve garantire all'interessato una tutela *effettiva*.

L'*effettività* della tutela (specie cautelare), quale canone interpretativo, viene a volte anteposta alla valutazione del "pregiudizio grave e irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso" (art. 55 cpa) che il giudice amministrativo è tenuto a compiere

secondo una logica che rimanda ai “profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull’esito del ricorso”.

La vicenda che di più mostra l’importanza della *effettività* della tutela è quella esaminata dalla Adunanza Plenaria n. 15 del 2011 in materia di attività di edilizia privata, il cui svolgimento non necessita di alcun tipo di consenso preventivo di carattere autorizzatorio.

L’interesse oppositivo del terzo alla realizzazione dell’opera denunciata viene trasformato in interesse pretensivo al conseguimento della misura inibitoria, perché, se così non fosse, la tutela non sarebbe efficace e l’effettività sarebbe compromessa da una procrastinazione dell’accesso alla tutela giurisdizionale e soprattutto dalla discrezionalità del potere di autotutela, che potrebbe non essere esercitato.

La verità è che se il principio di *effettività* diventa il fondamento della giustizia amministrativa, questa non ha di fatto alcun limite.

È davvero singolare che non ci si accorga delle conseguenze sul piano dell’intero sistema di un utilizzo particolarmente incisivo di tale principio.

Si pensi alle numerose controversie in tema di risarcimento di danno da lesione di interessi legittimi, nelle quali la ricerca dell’elemento soggettivo ha ceduto, in omaggio a pretesi indirizzi comunitari, il posto ad automatismi che fondano la richiesta di risarcimento del danno sulla sola illegittimità dell’atto, dichiarata in sede giurisdizionale.

La tesi, acriticamente fatta propria dalla giurisprudenza amministrativa (forse con qualche eccezione), trova il suo terreno di elezione in un quadro orientato a dare il massimo valore alla *effettività* della tutela. Il singolo, nell’ipotesi in cui l’annullamento dell’atto amministrativo non sia compiutamente satisfattivo, ha *diritto* al risarcimento del danno, sebbene la pubblica amministrazione sia *incolpevole*, perché, diversamente, la sua tutela non sarebbe *effettiva*. È il fatto oggettivo della lesione che determina il danno; le circostanze che hanno determinato l’amministrazione ad agire, magari nel rispetto delle forme legali, sono irrilevanti.

Questa conclusione non regge alla luce di quel principio di ragionevolezza al quale lo stesso giudice amministrativo fa molto spesso appello per risolvere problematiche interpretative in un senso diverso da quello al quale una pedissequa esegesi della norma condurrebbe.

Si dia il caso che l’amministrazione dell’Interno proceda, dopo una accurata e dettagliata istruttoria, allo scioglimento di un consiglio comunale perché questo sarebbe esposto al pericolo di condizionamenti mafiosi. Si dia ancora il caso che il relativo provvedimento non superi il vaglio positivo del primo giudice, nel senso che viene riconosciuta la sua illegittimità sulla base dei motivi in esso esternati. Si dia, da ultimo, il caso che il giudice di appello condivida le conclusioni del primo giudice e annulli il provvedimento di scioglimento del consiglio comunale, reintegrando (con i tempi di due gradi di giudizio) gli eletti che nelle more del giudizio avevano cessato dalla carica.

Non è dubbio che l’amministrazione abbia agito nel rispetto delle regole in presenza di elementi che, a suo autonomo giudizio (ovviamente sindacabile), non potevano che condurre all’esito dello scioglimento del consiglio comunale. Parimenti non è dubbio che i consiglieri comunali abbiano subito un danno da questo esito.

La vicenda suscita un interrogativo di fondo. In un ambito in cui il confine tra agire *corretto* e agire *non corretto* della amministrazione è molto labile, e il metro di giudizio utilizzato dal giudice risponde a criteri di razionalità *astratta*, contrapposti a quelli della amministrazione che, nella concretezza del suo operare, esprime una circostanziata valutazione, ritenuta però insufficiente dal giudice amministrativo, quale è la ragione giuridica per la quale dovrebbe considerarsi *giusta* (non legale) una eventuale condanna della amministrazione al risarcimento del danno, chiesto da un consigliere reintegrato nella sua carica a seguito dell’annullamento del decreto di scioglimento del consiglio comunale? Quale può essere la differenza tra le due valutazioni, amministrativa e giurisdizionale? La prima è sindacabile nel processo amministrativo; la seconda è affidata alla interpretazione/applicazione del *diritto* che, in ogni caso, viene definito dal giudice di appello, anche se la sentenza di primo grado viene confermata. Si direbbe – è ovvio – che ciò è dovuto alla

diversità di regime delle due attività: amministrativa e giurisdizionale. Una risposta che è soddisfacente sul piano estrinseco, ma che non è convincente sul piano della *giustizia*.

Certo non si vuole contestare una acquisizione, quale è quella del risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, ma solo dire che essa non può essere riconosciuta sulla base del solo principio di *effettività* della tutela, ma di tutti i principi implicati nel contesto amministrativo, tra i quali vi è quello necessario alla stessa giustizia amministrativa della *autonomia della amministrazione*.

Una indiscriminata applicazione del principio di *effettività* potrebbe manifestare una spiccata tendenza all'auto-referenzialità della giustizia amministrativa, non estranea ad essa nei suoi tratti organizzativi (Romeo 1990).

Basti pensare a certi comportamenti dell'organo di autogoverno, che, accettabili secondo un criterio di ragionevolezza ispirato da una logica corporativa, non sono percepibili come tali dalla razionalità comune. Ci si vuole riferire alla rigida fissazione dei carichi di lavoro, che sono disciplinati da una minuziosa determinazione, e alla possibilità di ottenere il rilascio di autorizzazioni ad assumere incarichi extra istituzionali, che se sono limitati a un certo numero di magistrati non è certo per il particolare rigore con il quale vengono esaminate le richieste.

La *bilancia* della giustizia amministrativa è rigorosamente *tarata* su un parametro numerico inderogabile, la cui *fissità* viene giustificata con la *qualità* del lavoro che il magistrato è tenuto a prestare, alludendo forse al *lavoro* prestato dal magistrato amministrativo in qualunque posto lo svolga. Ma in tal modo singolare e poco comprensibile appare l'insistito richiamo a fruire della normativa codicistica che, unitamente alla redazione di sentenze semplificate, esorta il giudice a motivare sobriamente le decisioni assunte.