

**Giustizia amministrativa: ostacolo o servizio?** (Relazione al convegno di Milano, 20 giugno 2014, organizzato dalla Società lombarda degli avvocati amministrativisti e dall'Unione Nazionale Avvocati amministrativisti)

**Premessa** – Io credo che oggi un dibattito sul tema della giustizia –e, in particolare, sulla giustizia civile e amministrativa- vada svolto secondo la seguente impostazione: quale riforma occorre, anche a livello costituzionale, perché il Paese abbia una giustizia, anche amministrativa, che sia una componente essenziale dello sviluppo e della competitività di sistema e non un ostacolo alla modernizzazione del Paese? Il che –si badi- non vuol dire “ridurre” il tema della giustizia a un “mero” strumento di competitività del sistema. Sono ben consapevole della valenza “costituzionale” della giustizia –in ispecie di quella amministrativa- nella dinamica dei rapporti tra autorità e libertà; e, soprattutto, penso che, in un tempo di crisi, sia in primo luogo da capovolgere l’assioma “più tutele/meno sviluppo”, cui conduce una visione meramente economicistica (peraltro sbagliata, come vedremo) del servizio-giustizia. Ma, per l’appunto, **una visione della giustizia come servizio suggerisce un approccio pragmatico e non condotto da visioni meramente dottrinarie, quando non ideologiche**, che consenta di avere l’ordinamento giurisdizionale più efficace nella situazione istituzionale data (pur comprensiva, come dicevo, di prospettive costituzionali di riforma).

In questa ottica vorrei suggerire una **riflessione articolata nei seguenti tre punti**:

1. Come e perché nasce il nostro sistema di giustizia amministrativa. Come evolve, a partire dalla Costituzione, il sistema delle tutele: il giudice dei poteri pubblici.
2. Il perché del suo mantenimento (o meglio, perché se ne sconsiglia il dissolvimento).
3. Il cambiamento nella logica “riformista”: un approccio pragmatico “orientato” alla effettività (e rapidità) di tutela.

1. La nostra **giustizia amministrativa nasce dal fallimento del disegno di giurisdizione unica** della legge sull’unificazione amministrativa del 1865. Bisogna

dire che noi ad accorgercene siamo stati più bravi dei Belgi, alla cui legge del 1831 ci eravamo ispirati (il Belgio abbandonerà quel modello, a favore del sistema di doppia giurisdizione, in tempi assai più recenti). Fallimento dovuto a una mancata quadratura del circolo tra opposti principi tutti di ideologia liberale: si voleva mantenere riservata una sfera alla pubblica amministrazione in ossequio alla separazione dei poteri; si voleva l'affermazione di principio che il giudice ordinario potesse conoscere dei diritti soggettivi anche nei confronti dell'amministrazione; al contempo, si escludeva che il giudice potesse annullare, potendo solo "disapplicarlo", il provvedimento dell'autorità.

**Il risultato fu:** un'area riservata alla pubblica amministrazione e sfornita di tutela (al pari di quella che nel Regno Unito veniva definita l'area dei *Crown's privileges*); le pronunce del giudice ordinario in materia di diritti, quand'anche contemplassero la disapplicazione del provvedimento, erano sprovviste di esecuzione forzata e quindi prive di effettività. Quando con l'ideologismo si pretende di affrontare questioni "pratiche"....

Quale furono allora i **rimedi** escogitati? Si delinea una figura soggettiva intermedia (l'interesse legittimo), diversa dai diritti soggettivi, perché intrinsecamente connessa all'esercizio del potere pubblico, ma nondimeno fornita di una tutela demandata alla Quarta Sezione del Consiglio di Stato, istituita nel 1889. Per assicurare l'esecuzione dei giudicati ordinari, poi, verrà introdotto il rimedio dell'ottemperanza, demandato allo stesso Consiglio. Il processo è favorito dall'atteggiamento della Corte di cassazione, attenta alla effettività della tutela più che alla rivendicazione di proprie competenze, con il riconoscimento della natura giurisdizionale della Quarta Sezione: e si raggiunge la "quadratura del circolo".

Comincia così "**il cammino della tutela**": di tipo pretorio, in cui emerge prima la tutela e poi la situazione tutelata (Clarich) per la sua inerenza a un pubblico potere e a una situazione legittimante (ma poi anche quella si farà evanescente), condotta per clausole generali (situazione che avvicina la tutela a quella dei giudici di diritto comune).

**L'assetto costituzionale riconosce il sistema plurale delle giurisdizioni** (pur attribuendo alla Cassazione la soluzione dei conflitti). Blocca la possibilità di istituire altre giurisdizioni (il che crea problemi per lo sviluppo nel nostro ordinamento di un reale sistema di rimedi alternativi o consimili sul modello anglosassone o austriaco). Si individuano progressivamente **principi comuni** alle magistrature: indipendenza e autonomia e status per legge, autogoverno, giusto processo. Ma permangono alcune **differenze**: poche e non tutte "a favore" delle magistrature amministrativa e contabile per le incompatibilità, significative per accesso e carriera, non anche per le retribuzioni.

**Negli anni '90** si assiste a un'evoluzione –che in realtà riguarda il diritto amministrativo, al suo interno (es. teoria della degradazione, legge sul procedimento, delegificazione) e sul versante dei rapporti col diritto civile (privatizzazione p.i., strumenti di dir. privato, amministrazione consensuale, regolazione). **La sentenza 204 del 2004 conduce a quattro importanti acquisizioni di sistema**: a) parità delle situazioni soggettive, b) giudice amministrativo configurato come giudice ordinario degli interessi legittimi (= questi delineati come posizioni inerenti all'esercizio di un pubblico potere), secondo un'impostazione che risale, già negli anni '70 a Mario Nigro, c) strumentalità della tutela (= ottica rimediale dei mezzi di tutela), d) "pienezza" della tutela, nel senso che il giudice amministrativo assicura, per cognizione e strumenti, una tutela piena in tutte quelle ipotesi in cui l'amministrazione agisca come autorità.

**2. Il perché del mantenimento della giustizia amministrativa** (o meglio, perché se ne sconsiglia il dissolvimento)– Devo dire che, già per come si pone la domanda, mi sembra si vada contro le regole della cd. opzione zero di analisi di impatto della regolazione o, per usare terminologia a noi più familiare, si rovesci l'onere della prova. La domanda dovrebbe essere: **perché cambiare?** E' difficile organizzare il discorso perché critiche e proposte sono spesso eterogenee per logica e finalità: dalla giurisdizione unica, alle critiche per eccesso di tutela, dalle questioni sulla

indipendenza, a quelle su accesso e progressione in carriera. Vediamo un po' di questioni che si presentano più o meno "aperte".

a) In primo luogo, io penso ci sia una considerazione di fondo di ordine culturale: se deve continuare a esistere **un diritto amministrativo come diritto diverso da quello civile** non si vede perché si debba cambiare uno dei termini e far venir meno il giudice amministrativo (con)fondendo tutto nel giudice ordinario. L'ordinamento, quando riconosce come dotato di "autorità" un centro di imputazione giuridica del perseguimento dell'interesse della collettività, al tempo stesso si pone il problema della **"garanzia", che deve essere in grado di riportare a parità, già nel procedimento, ma assolutamente nel processo, le posizioni di chi esercita il potere e di chi lo "subisce"**. Questo avviene oramai anche negli ordinamenti di diritto comune, che hanno il vantaggio, rispetto a noi, di avere giuristi (e conseguentemente giudici) pragmatici. Nonostante le convergenze nelle tecniche di tutela e nell'accertamento del fatto, **i nostri processi (civile e amministrativo) restano molto diversi** e diverso è (e deve essere) il modo di ragionare dei nostri giudici. Nigro insegnava che la tutela, per essere efficace, deve conformarsi sulle situazioni giuridiche lese e da reintegrare. Il nostro continua a essere un processo che "aggredisce" il potere (e non un processo che si "limita" a dare ragione a chi ce l'ha, non perché non faccia questo, ma perché questo non basta per la effettività della tutela); il nostro giudice amministrativo (come i giudici amministrativi degli altri Paesi), ragionano prevalentemente per clausole generali e la giurisprudenza continua a essere pretoria, pur in un mondo più "regolato", e ciò avvicina i giudici amministrativi del continente più al giudice di diritto comune (nel solco della originaria tradizione romanistica) che al giudice civile e alla tradizione pandettistica.

b) Gli **inconvenienti tradizionali del riparto sono spariti o attenuati**: i regolamenti di giurisdizione non sono più in quantità paragonabile a quella di una volta. L'assetto delle giurisdizioni è meglio delineato, le aree di confine fortemente ridotte, si sono affinati nel tempo i meccanismi processuali: mancanza di sospensione

automatica nel caso di regolamento, *traslatio*, preclusione delle eccezioni sulla giurisdizione.

Spero che non torni in gioco la storia dei diritti e degli interessi, “l’unico Paese che...” (peraltro non è vero, e dove è vero lo è nel senso della maggiore estensione del sistema dualista); la stessa teoria della degradazione mi sembra finalmente abbandonata e, anche quando ogni tanto risorge, in pochi ci credono ancora.

c) **I tempi dei processi** sono una questione centrale sia sul versante dell’effettività, sia sul versante della competitività. Essi militano, come è noto, in favore dell’attuale sistema di giustizia amministrativa, se posto in raffronto alla giustizia civile. E ciò per ragioni varie: un grado in meno, processo documentale ispirato al principio di concentrazione, piccolo corpo di giudici specializzato e di risalente tradizione (e quindi organizzazione più snella, che, per esempio, ha consentito l’introduzione delle tecnologie su larga scala e in poco tempo), platea di avvocati tendenzialmente specializzati, organizzazione delle segreterie più snella e flessibile.

d) Il **dato comparato**. I **sistemi dualisti sono nettamente prevalenti** (Francia e, su quel modello, tutti i Paesi anche extraeuropei di tradizione francofona, e in particolare il Belgio, che ha abbandonato nella seconda metà del 900 il sistema monista del 1830 cui si era ispirata la nostra legge del 1865; Olanda e Lussemburgo; Austria, il cui sistema è, da un lato, fortemente influenzato dall’ampia presenza di rimedi giustiziali e dalla storica “giurisdizionalizzazione” del procedimento amministrativo: in Austria le “Corti di diritto pubblico”, ancorché indipendenti, non fanno parte del sistema giudiziario; la giurisdizione amministrativa rimane distinta, ancorché nell’ambito del sistema giudiziario, in Germania e Finlandia).

Sistema monista per eccellenza è il Regno Unito (e anche l’Irlanda). E’ sintomatico però che, con il formarsi di un ramo autonomo del diritto amministrativo dalla matrice del diritto comune, si siano andati sviluppando rimedi appositi (*application for judicial review*) e organi (tribunali amministrativi, ma ora anche una sezione della nuova Corte Suprema) per le controversie contro i pubblici poteri.

In Spagna, nel 1998 si è deciso di passare a un sistema monista, con sezioni specializzate, ma rigidamente divise dai tribunali ordinari: sono, per esempio, diversi il rito processuale e l'accesso maggiormente selettivo (gli amministrativi sono selezionati per concorso tra gli ordinari e tra gli appartenenti ad altre professioni legali), sì che l'unificazione è stata più formale che sostanziale.

e) **Accesso, carriera, status: l'indipendenza e la terzietà.** Qui vorrei fare qualche precisazione. Non mi dilungo, perché penso ci sia poco da discutere. **I giudici amministrativi sono giudici. L'accesso** è maggiormente selettivo di quello ordinario (non foss'altro perché più ristretto). La **progressione in carriera** conserva un concorso che altrove è stato abolito. L'accesso per **nomina governativa** è molto ridotto, è a vita, ed è perciò assolutamente compatibile con gli orientamenti CEDU in tema di tribunale indipendente e imparziale (in Germania i giudici del Tribunale federale sono "nominati"). C'è la questione delle **funzioni consultive**: dopo la sentenza *Procola*, letta, come spesso accade, senza riferimento alla situazione di fatto concreta del Consiglio di Stato del Lussemburgo (numero esiguo di giudici, chiamati nella duplice veste a pronunciarsi in ordine al medesimo atto di pianificazione urbanistica), ci sono state sentenze che hanno ribaltato quell'arresto (ma, se letto correttamente il precedente, soltanto precisato). C'è la questione delle **incompatibilità**. L'assetto attuale non è affatto sbilanciato come si racconta: dopo la legge n.190 del 2012, la disciplina tra le magistrature si è di molto avvicinata, ma anche prima, a fronte di incarichi conferibili (ma, per la verità, conferiti nei fatti) in misura prevalente a magistrati amministrativi, vi erano incarichi tecnicamente di gestione che potevano (e possono) essere svolti da magistrati ordinari e non anche da magistrati amministrativi (penso alle direzioni generali presso il Ministero della giustizia). Una maggiore omogeneizzazione è percorribile e auspicabile **in tema disciplinare**. Ma **non ritengo metodologicamente corretto utilizzare l'esigenza di uniformità di status per supportare la giurisdizione unica: si può avere omogeneità di status pure con due giurisdizioni distinte**. E soprattutto con due organi di autogoverno distinti.

f) E siamo a un'altra considerazione più propriamente di ordine politico-istituzionale.

**Il pluralismo delle giurisdizioni** può essere di per sé un valore, specie se considerato nell'ottica di bilanciamento dei pubblici poteri in relazione a un potere –occorre riconoscerlo- che è tra i meno bilanciati nella nostra Costituzione: il potere (*recte*: Ordine) giudiziario. Vogliamo un unico grande corpo giudiziario –che di suo tende fisiologicamente a essere corporativo e autoreferenziale (Nigro, Mortati)- che assommi in sé giurisdizione civile e, soprattutto, contemporaneamente “controllo (*recte*: sindacato) amministrativo” e penale sui pubblici poteri? Un unico organo di autogoverno (e un'unica associazione) che gestisce da solo tutti i soggetti investiti di questo enorme potere? A tale riguardo vorrei poi sottolineare un “inconveniente” pratico: chi giudicherebbe degli atti del CSM? Oggi vi sono incongruenze in questo sindacato, sia per la mancanza, sia pure episodica, di *selfrestraint* istituzionale da parte del giudice amministrativo (talvolta indotto da atti del CSM che lasciano a dir poco perplessi), sia perché il sindacato sugli atti degli altri organi di autogoverno è lasciato agli stessi giudici amministrativi (che, peraltro, ne è il giudice naturale). Mi augurerei che non si pretenda di superare i detti inconvenienti con norme come quelle contenute nel D.L. n. 90 del 2014, volte sostanzialmente a sottrarre l'organo di autogoverno, quasi *legibus solutus*, al sindacato giurisdizionale; cosa che l'art. 113 della Costituzione e varie sentenze della Corte non credo possano ammettere.

g) Un'ultima annotazione mi sia consentita sulla asserita **correlazione tra giustizia amministrativa e PIL**. Qui mi soffermo poco: se qualcuno mi fa capire come con l'abolizione della giustizia amministrativa sia possibile conseguire qualche punto di PIL, mi impegno a promuovere l'autoscioglimento della giustizia amministrativa.

3. **Tutto bene dunque?** No, i riformisti non si fermano. E la gradualità delle riforme dovrebbe essere la regola quando si toccano le istituzioni specie giudiziarie, come ammoniva Cassese citando le istituzioni inglesi.

Ma la direzione del cambiamento dovrebbe essere nel senso del miglioramento del servizio giustizia. A tutela dei valori dell'ordinamento, che però non possono che coincidere con i valori della comunità e con le istanze di progresso di questa.

Si può migliorare, schematicamente, e cambiare su questi temi:

- a) **migliorando il processo amministrativo** per assicurare una tutela rapida ed effettiva e l'organizzazione dei suoi tribunali: alcune norme anche di recente approvate vanno in questa direzione (accelerazioni, accertamento in tema di scia e dintorni), altre probabilmente assai meno (Sezioni staccate, impugnazione atti CSM);
- b) **l'incertezza del diritto** dipende dalla qualità (e quantità) delle regole e anche dall'incapacità dell'amministrazione di tradurle in pratica in maniera rapida ed efficiente: qui il recupero della funzione consultiva nella **manutenzione e nel riordino dell'ordinamento** potrebbe essere condotta con l'ausilio del Consiglio di Stato, magari in composizione "aperta" a estranei, come l'esperienza dell'elaborazione del codice del processo amministrativo insegna. E ciò servirebbe anche a "internalizzare" in parte l'attività svolta con gli incarichi esterni.
- c) bisogna avere una cultura "aperta": **la cultura della giurisdizione non può andare disgiunta da una cultura più complessiva, e inclusiva, delle istituzioni e della società** in cui ogni istituzione vive. Questo, sul piano pratico, può indurre ad aprire, per esempio, la nomina governativa a professionalità diverse dai giuristi. Ma, più in generale, dobbiamo cambiare l'approccio e puntare alla soluzione concreta dei casi avendo piena consapevolezza dei fatti portati al nostro giudizio; e alle tecniche utilizzabili, a partire dal risarcimento del danno.
- d) ho già detto della necessaria **omogeneizzazione di alcuni aspetti dello status**, dalle incompatibilità al disciplinare: qui una riforma costituzionale potrebbe condurre a un unico soggetto, a composizione mista, dinanzi al quale impugnare le sanzioni disciplinari, che, per la magistratura amministrativa, andrebbero meglio definite, pur conservando una clausola residuale indefinita.

Conclusioni - **Oggi si dice che vanno eliminati i giudici amministrativi per una sorta di eccesso di tutela** (data ai privati, a discapito della rapidità e dell'effettività delle decisioni amministrative). Qui siamo al paradosso: la storia della giustizia amministrativa è stata (in Italia, negli altri Paesi civili, nell'ambito UE) una storia di conquista di maggiori tutele e di effettività della tutela. Oggi in Italia sembra



proporsi, o imporsi, o semplicemente prevalere, una cultura opposta: sembra farsi avanti l'assioma meno tutele/più sviluppo e competitività. E' un atteggiamento tipico della cultura politica e giuridica in tempo di crisi (che investe anche altri aspetti: Europa, Stato sociale, solidarietà), frutto di un'arroganza del potere che ne approfitta o dell'avvilimento di un potere e di una società che non sanno reagire: dalla crisi, invece, come si esce con più Europa e più solidarietà nella distribuzione delle risorse, così si esce con più diritti e più tutele, le quali rafforzano l'autorevolezza di un potere pubblico, che sappia sottoporsi alle verifiche di legittimità invocate dai cittadini, non trattati da sudditi. E faccio un esempio pratico: la credibilità internazionale del Paese per un investitore estero è data da un rapido e insindacabile affidamento di un appalto (in ipotesi illegittimo se non peggio) o da un sistema che velocemente sottopone a verifica quell'affidamento da parte dell'impresa che assume di essere stata ingiustamente lesa?

Chi oggi propone una giurisdizione unica non sembra tener conto del processo di evoluzione, particolarmente rapido negli ultimi anni, del processo e direi del diritto amministrativo, vanifica il punto di arrivo e il punto di partenza costituito dal codice del processo in termini di tutela, separa processo da procedimento e la giurisdizione dall'amministrazione il cui esercizio del potere essa è chiamata a conformare, rendendo così il processo forse dogmaticamente (esteticamente?) più "convincente" ma molto meno efficace in termini di conformazione del potere e quindi di tutela del cittadino. E azzera l'esistente, oltre che la storia e il tempo e le energie occorsi per arrivarci, per tornare indietro e cominciare daccapo: a partire dalla riorganizzazione di un giudice unico alla gestione dei processi.

Ma se **unificazione ha da essere che sia una cosa seria**: un' unica giurisdizione, anche con sezioni specializzate, ma unificando ruoli, accesso, carriere, incarichi direttivi, consentendo una effettiva circolazione di tutti i magistrati in tutti gli uffici giudiziari; una unificazione, cioè, grazie alla quale i giudici, se devono essere tutti figli di un'unica cultura, vadano in giro per i diversi rami della giurisdizione. Il modello spagnolo rivela, esso sì un *unicum*, una unificazione più apparente che reale,

come si è detto. In Italia, unificare con unico organo di autogoverno e lasciare aperto Palazzo Spada e i Tar, senza che gli ordinari attuali possano fare gli amministrativi e viceversa, denoterebbe solo il carattere strumentale e ideologico dell'operazione: una mix di ideologismo avulso dalla realtà pratica e dalle esigenze del cittadino e carico di problemi organizzativi. Non credo che il Paese abbia bisogno di questo. E mi convinco di una idea. **Chi vuole cambiare tutto non consegue risultati pratici diversi dai conservatori spinti. Chi vuole cambiare con cognizione di causa e atteggiamento pragmatico va avanti a piccoli passi, ma va avanti** e porta avanti la società. Questa è la sfida delle riforme. Questa è la sfida dei riformismo.

**Filippo Patroni Griffi**

**Presidente di sezione del Consiglio di Stato**

Versione definitiva inviata ad Astrid e a CdS