

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E TRASFORMAZIONI DELLA GIUSTIZIA

AMMINISTRATIVA

Prof. Marcello Clarich
Ordinario di diritto amministrativo
Sapienza Università di Roma

Indice: 1. Premessa; 2. L'impostazione originaria del processo amministrativo; 3. L'evoluzione dagli anni Novanta del secolo scorso fino al Codice del processo amministrativo; 4. La codificazione del processo amministrativo; 5. La fase di assestamento; 6. Conclusioni

1. Premessa

Ricostruire il modo di essere della pubblica amministrazione e della giustizia amministrativa in Italia trent'anni fa significa probabilmente risalire a “un'era geologica” nella quale è difficile oggi riconoscersi.

In particolare, la pubblica amministrazione stava ancora prendendo le misure con una serie di novità che avevano interessato l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni. Si pensi anzitutto alla “rivoluzione copernicana” costituita dalla L. 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo. Si pensi ancora alle riforme in materia di pubblico impiego, sanità, finanza locale, pensioni varate sotto l'urgenza di una crisi finanziaria che portò nel 1992 a una forte svalutazione della lira e all'uscita dal sistema monetario europeo¹. Si pensi ancora alle trasformazioni degli enti pubblici economici in società per azioni decretate nel 1992², all'istituzione delle prime autorità indipendenti (nel 1990, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e nel 1994, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas), all'avvio del processo di revisione e semplificazione dei procedimenti amministrativi³.

La giustizia amministrativa non aveva intrapreso un percorso di cambiamento strutturale. In particolare il processo amministrativo rifletteva ancora le esigenze di tutela nei confronti di un'amministrazione di stampo ottocentesco. Invero, il disegno costituzionale fondato sul doppio grado del giudizio amministrativo, che costituisce, insieme al principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dagli artt. 24 e 113, la novità di maggior rilievo introdotta dalla Costituzione,

¹ Cfr. la L. delega 23 ottobre 1992, n. 421 e ai successivi decreti legislativi delegati.

² Cfr. D.L. 11 luglio 1992, n. 333.

³ Cfr. la L. 10 ottobre 1990, n. 287 e la L. 14 novembre 1995, n. 481. Cfr. altresì la delega legislativa per la semplificazione dei procedimenti amministrativi contenuta nell'art. 2, L. 24 dicembre 1993, n. 537.

era già stato attuato con l'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali all'inizio degli anni Settanta del Secolo scorso⁴. Tuttavia l'impostazione del processo era rimasta sostanzialmente quella rudimentale delineata dalla legge del 1889 istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato confluita poi nel Testo Unico del 1924⁵.

Peraltro, già verso le metà degli anni Novanta del secolo scorso alcuni sintomi di un cambiamento del ruolo del giudice amministrativo iniziavano a manifestarsi sia sotto l'aspetto di un ruolo più pervasivo del sindacato sulla legittimità degli atti e dei procedimenti amministrativi, sia sotto quello di un accresciuto livello di tutela del cittadino dovuto alla presenza, accanto ai giudici nazionali, dei giudici europei (Tribunale di primo grado e Corte di giustizia dell'Unione europea)⁶. Questi ultimi iniziavano a essere investiti di questioni interpretative della normativa europea rilevanti al fine di decidere casi nazionali attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale, espressione del c.d. dialogo tra le corti divenuto sempre più intenso negli anni successivi.

Una revisione completa delle regole processuali non era però all'ordine del giorno e anzi prevaleva nella dottrina la tesi che l'evoluzione del sistema dovesse avvenire preferibilmente in via giurisprudenziale. Come si dirà, solo a partire dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso alcuni interventi normativi e il superamento della giurisprudenza "pietrificata" sulla non risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo operato dalla sentenza della Corte di cassazione, Sezioni Unite, n. 500 del 1999 innescarono un vero e proprio moto tellurico. Esso determinò un nuovo equilibrio tra la giurisdizione del giudice ordinario e del giudice amministrativo e la riconfigurazione dell'assetto del processo amministrativo all'insegna della "civilizzazione", poi recepita nel Codice del processo amministrativo del 2010⁷.

In definitiva, nel trentennio trascorso, le trasformazioni dell'amministrazione e delle sue relazioni con i cittadini fecero in un certo senso da battistrada a quelle della giustizia amministrativa, ciò che sembra in realtà coerente con il fatto che quest'ultima deve adattarsi alle mutazioni della prima⁸.

2. L'impostazione originaria del processo amministrativo

Verso la metà degli anni Novanta del secolo il processo amministrativo ricalcava in gran parte, come già anticipato, l'impostazione originaria della legge del 1889 istitutiva della IV Sezione del Consiglio

⁴ Il riferimento è alla L. 6 dicembre 1971, n. 1034.

⁵ Cfr. R.D. 26 giugno 1924, n. 1024.

⁶ Cfr. S. Cassese, *Crisi e trasformazioni del diritto amministrativo*, in questa *Rivista*, 1996, 872.

⁷ Cfr. D.Lgs. 18 luglio 2010, n. 194.

⁸ Il *Giornale di Diritto Amministrativo* ha seguito passo passo queste evoluzioni, come si vedrà da molte citazioni nelle note successive, istituendo anche un Osservatorio specifico sulla giurisprudenza del Consiglio di Stato e dei Tribunali amministrativi regionali e con commenti dedicati alle novità legislative via via intervenute.

di Stato. Si trattava cioè di un processo di mero annullamento (caducazione) di provvedimenti illegittimi lesivi di interessi legittimi. La disciplina fondamentale era contenuta principalmente nel T.U. 26 giugno 1924, n. 1054 e nel Regolamento di procedura 17 agosto 1907, n. 642.

La configurazione era quella di un processo nel quale, per riprendere un'espressione di Mario Nigro, "campeggia l'atto" che il ricorrente, titolare di un interesse legittimo, era tenuto a impugnare nel termine di decadenza di sessanta giorni deducendo, sotto forma di motivi di ricorso, uno o più dei vizi di legittimità tipizzati (violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere)⁹.

In caso di accoglimento del ricorso, secondo l'art. 45 del T.U. n. 1054/24 il giudice amministrativo annullava l'atto, "salvo gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa", salvezza che, com'è stato osservato, tendeva a garantire la continuità dell'azione amministrativa ed era tesa a salvaguardare le prerogative dell'amministrazione¹⁰. La sentenza di accoglimento era dunque considerata come "ineluttabilmente" costitutiva, *sub specie* di annullamento¹¹.

Inoltre, secondo l'art. 65, n. 5 del Regolamento del 1907, la decisione doveva contenere l'ordine "che la decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa"¹². Secondo l'interpretazione prevalente, era dunque preclusa al giudice amministrativo la possibilità di emanare sentenze di condanna¹³.

La tutela degli interessi legittimi pretensivi nelle ipotesi di silenzio della pubblica amministrazione non era prevista in alcuna disposizione di legge, anche se la giurisprudenza cercò di assicurarla forzando le maglie dell'azione di annullamento. Ricostruì infatti il silenzio protrattosi oltre il tempo fisiologico necessario per concludere il procedimento come un provvedimento tacito di diniego impugnabile dunque innanzi al giudice amministrativo. Verso la fine degli anni Settanta del secolo scorso questa costruzione barocca venne abbandonata dalla giurisprudenza che ammise la possibilità di proporre un'azione di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo di provvedere¹⁴.

Ma sia nel caso del silenzio sia nel caso di provvedimento espresso di diniego, l'azione di annullamento e l'azione di accertamento non potevano soddisfare l'interesse pretensivo al

⁹ Per questa espressione e per una descrizione del modello tradizionale di processo amministrativo cfr. M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, 225 ss.

¹⁰ Cfr. G. Abbamonte, *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, 1988, 31.

¹¹ Cfr. G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, II, *La giustizia amministrativa*, VIII ed., Milano, 1958, 320; E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942, 218; A. Albini, *Le sentenze dichiarative nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1953, 6; G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto*, Milano, 1980, 86 ss.

¹² Ciò in coerenza con il principio per cui "l'esecuzione delle decisioni si fa in via amministrativa, eccetto che per la parte relativa alle spese" (art. 88 del Regolamento di procedura).

¹³ Cfr. A. Albini, *op. cit.*, 102; in senso dubitativo G. Miele, *Brevi note sull'ammissibilità di decisioni di condanna da parte del giudice amministrativo*, in *Jus*, 1963, 337.

¹⁴ L'indirizzo giurisprudenziale, inaugurato dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Cons. Stato n. 10 del 1978, secondo il quale l'oggetto del giudizio sul silenzio è il mero accertamento dell'obbligo formale a provvedere è stato confermato anche in epoca recente (cfr. Con. Stato, Ad. Plen., 9 gennaio 2002, n. 1, in *Cons. St.*, 2002, I, 1 ss.). Cfr. F. Merusi, *L'ingiustizia amministrativa in Italia*, in F. Merusi - G. Sanviti, *L'ingiustizia amministrativa in Italia*, Bologna, 1986, 12 ss. che auspica l'introduzione di un'azione di adempimento.

conseguimento di un bene della vita. L'annullamento dell'atto illegittimo, espresso o tacito lascia infatti impregiudicata l'azione amministrativa successiva, fatti salvi gli effetti conformativi desumibili dalla motivazione della sentenza. Il provvedimento emanato in sostituzione di quello annullato costituiva infatti una nuova esplicazione del potere conferito all'amministrazione, non collegata in modo diretto alla sentenza di annullamento, e richiedeva, di regola, di essere nuovamente impugnato innanzi al giudice amministrativo¹⁵.

Il sistema delle azioni ammissibili innanzi al giudice amministrativo era dunque incompleto e in particolare non era prevista a tutela degli interessi legittimi pretensivi un'azione di adempimento, cioè di condanna al rilascio del provvedimento richiesto, secondo il modello della *Verpflichtungsklage* introdotta nell'ordinamento tedesco già negli anni Sessanta del secolo scorso.

Ma il processo amministrativo era carente sotto molti altri profili. I mezzi istruttori erano limitati alla richiesta di documenti e di chiarimenti alla stessa pubblica amministrazione e alla c.d. verifica affidata a quest'ultima e ciò a mero completamento della ricostruzione dei fatti operata nel corso dell'istruttoria procedimentale e risultante dall'atto impugnato¹⁶.

Solo nell'ambito della giurisdizione esclusiva, cioè delle materie tassativamente individuate nelle quali il giudice amministrativo può conoscere anche dei diritti soggettivi, il processo garantiva una tutela più piena. Infatti, in particolare nelle controversie relative al pubblico impiego la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni legislative che non consentivano al giudice amministrativo di adottare in sede cautelare misure analoghe a quelle previste dall'art. 700 c.p.c. e contenevano limitazioni ai mezzi di prova previsti creando così una disparità di trattamento rispetto ai lavoratori privati¹⁷. Inoltre, la legge del 1971 istitutiva dei T.A.R. aveva previsto la possibilità di richiedere al giudice amministrativo una condanna della pubblica amministrazione "in relazione alle somme di cui risulti debitrice" (art. 26, comma 3).

Quanto ai rapporti tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria, all'interno del sistema dualistico che caratterizzò fin dalle origini il sistema della giustizia amministrativa e che fu confermato dalla Costituzione, i due plessi giurisdizionali erano del tutto separati e non comunicanti. L'errore nella scelta del giudice dotato di giurisdizione era quasi sempre fatale perché non era ammessa la c.d. *translatio iudicii* che consente la riproposizione dell'azione innanzi al giudice dichiarato competente senza incorrere in decadenze.

Perdurava inoltre la difficoltà a tracciare i confini tra le due giurisdizioni, essendo incerta la

¹⁵ Cfr. F. Benvenuti, *Giudicato amministrativo*, in *Enc. dir., ad vocem*; P. Stella Richter, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 3 ss. il quale sottolinea come "la serie dei rifiuti e degli annullamenti potrebbe protrarsi all'infinito" (8). Solo per gli atti propriamente elusivi del giudicato era esperibile il giudizio di ottemperanza.

¹⁶ Cfr. M. Nigro, *op. cit.*, 257.

¹⁷ Cfr. Corte cost. 28 giugno 1984, n. 190 e Corte cost. 23 aprile 1987, n. 146.

distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo che costituisce il tradizionale criterio del riparto (artt. 24, 103, 113 Cost.).

3. L'evoluzione dagli anni Novanta del secolo scorso fino al Codice del processo amministrativo

Come già anticipato, le principali trasformazioni della giustizia amministrativa sono intervenute nell'arco di circa un decennio per effetto di modifiche legislative e dell'evoluzione giurisprudenziale a partire dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso¹⁸.

Un primo intervento legislativo rilevante fu il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 che rimodulò la disciplina del processo nelle materie dei servizi pubblici, dell'urbanistica e dell'edilizia devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 33 ss.) in linea con la tendenza ad estendere le materie nelle quali il giudice amministrativo può conoscere anche dei diritti soggettivi, come prevede l'art. 103 Cost.

Sempre nell'ambito della giurisdizione esclusiva, il D.Lgs. n. 80 estese altresì i poteri di cognizione del giudice amministrativo non soltanto ai provvedimenti, ma anche ai comportamenti delle amministrazioni (art. 34, D.Lgs. n. 80/1998). Integrò i mezzi di prova ammettendo tutti quelli previsti dal codice di procedura civile (esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento). Introdusse la consulenza tecnica d'ufficio, consentendo così al giudice amministrativo un accesso completo ai fatti oggetto della controversia. Gli fu conferito il potere di conoscere le azioni risarcitorie, tradizionalmente riservate al giudice ordinario (art. 35).

Le disposizioni contenute negli artt. 33, 34 e 35, D.Lgs. n. 80/1998 rappresentarono il punto di maggior omologazione del processo amministrativo al processo ordinario attribuendo al giudice amministrativo una giurisdizione piena¹⁹, con potere di un'autonoma e diretta valutazione dei fatti e di accertamento dell'intero rapporto giuridico intercorrente tra il privato e la pubblica amministrazione²⁰. La giurisdizione amministrativa diventava in qualche misura sovrapponibile e fungibile con quella ordinaria ed era rimessa alla libera determinazione del legislatore la scelta delle materie da attribuire all'uno o all'altro ordine giudiziario²¹.

Il D.Lgs. n. 80/1998 gettò anche le basi per una nuova configurazione del giudizio innanzi al giudice

¹⁸ Sul significato delle modifiche legislative citate di seguito nel testo cfr. S. Cassese, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giurisdizione amministrativa italiana*, in questa *Rivista*, 1999, 1221 ss. Cfr. altresì anche A. Pajno, *La giurisdizione "concentrata"*, in questa *Rivista*, 2000, 1043 ss.

¹⁹ Cfr., per tutti, A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2001.

²⁰ Il D.Lgs. n. 80/1998 fu dichiarato incostituzionale per eccesso di delega (sentenza Corte cost. 17 luglio 2000, n. 292) Tuttavia, l'art. 7, L. n. 205 del 2000, ha provveduto subito a novellare gli artt. 33, 34 e 35, D.Lgs. n. 80/1998.

²¹ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen, 30 marzo 2000, n. 1, ord., in questa *Rivista*, 2000, 556 ss. con nota di A. Travi che non condivide la lettura della Costituzione operata dal Consiglio di Stato e dubita della costituzionalità dell'art. 33, D.Lgs. n. 80/1998.

ordinario nelle controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni attribuite alla sua competenza dal D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 che operò la privatizzazione del rapporto di impiego di gran parte dei dipendenti pubblici²². Al giudice ordinario fu conferito in particolare il potere di adottare nei confronti delle amministrazioni “tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati” in deroga alla L. n. 2248/1865, All. E secondo la quale il giudice ordinario può disapplicare, ma non annullare gli atti amministrativi illegittimi (artt. 4 e 5).

In definitiva, il D.Lgs. n. 80/1998 operò un riequilibrio tra le due giurisdizioni, attribuendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo blocchi di materie assai rilevanti, quasi a compensazione della devoluzione al giudice ordinario delle controversie relative al pubblico impiego che in precedenza costituivano una fetta assai rilevante del contenzioso innanzi al giudice amministrativo.

Un'altra spinta molto forte fu dovuta alla celeberrima sentenza della Corte di cassazione civile, Sezioni Unite 22 luglio 1999, n. 500 che, da un lato, sancì il principio della risarcibilità del danno da lesione degli interessi legittimi offrendo una nuova interpretazione dell'art. 2043 c.c.; dall'altro, dichiarò competente a conoscere le azioni risarcitorie lo stesso giudice ordinario, ridimensionando così in parte il ruolo del giudice amministrativo²³.

Infatti, secondo le Sezioni Unite l'azione di risarcimento del danno da lesione di un interesse legittimo da parte di un provvedimento amministrativo era esperibile direttamente innanzi al giudice ordinario essendo la pretesa risarcitoria collegata a un diritto soggettivo. Il giudice ordinario poteva dunque conoscere in via incidentale e disapplicare il provvedimento illegittimo, senza la necessità, affermata dalla giurisprudenza precedente, di un previo annullamento del provvedimento medesimo da parte del giudice amministrativo. Quest'ultimo perdeva così il suo ruolo fondamentale di giudice della legittimità degli atti dell'amministrazione, alterando così l'equilibrio tra le due giurisdizioni.

La nuova impostazione fu però subito sconfessata dal legislatore in occasione dell'approvazione della L. 21 luglio 2000, n. 205 nell'ambito di un'operazione di *restyling* del processo amministrativo con finalità acceleratorie che apportò una serie di modifiche e integrazioni puntuali alla legge del 1971 istitutiva dei Tar confluite poi nel Codice del processo amministrativo²⁴.

²² Cfr. art. 68 come modificato dal D.Lgs. n. 80/1998.

²³ Cfr. il commento di L. Torchia, La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam, in questa *Rivista*, 1999, 1179 ss.

²⁴ Le innovazioni più significative riguardarono la disciplina del ricorso contro il silenzio dell'amministrazione, il processo cautelare, i riti accelerati in determinate materie (appalti, atti delle autorità indipendenti, privatizzazioni, ecc.), le sentenze in forma semplificata, l'introduzione della consulenza tecnica, l'esecuzione delle sentenze dei Tar, oltre a una serie di disposizioni di tipo organizzativo. Cfr. i commenti all'intera legge di M. Clarich, D. Iaria, D. Vaiano, M. Rossi Sanchini, C.E. Gallo, G. Barbagallo, A. Pajno, in questa *Rivista*, 2000, 1069 ss. In senso critico nei confronti di una riforma all'insegna della “tribunalizzazione” del giudice amministrativo cfr. A.

Infatti, all'art. 7, comma 3, di quest'ultima fu aggiunta una disposizione secondo la quale il giudice amministrativo, "nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e altri diritti patrimoniali conseguenziali". In questo modo, il giudice amministrativo recuperò uno spazio di giurisdizione in relazione alle azioni risarcitorie per lesione degli interessi legittimi, restando, invece, incardinate in capo al giudice ordinario, come da tradizione, quelle proposte in relazione a comportamenti dell'amministrazione lesivi di diritti soggettivi.

La trasformazione del giudice amministrativo in giudice di piena giurisdizione avviata con il D.Lgs. n. 80/1998 non incontrò il consenso della sentenza Corte cost. n. 204 del 2004, forse la più importante in materia di giustizia amministrativa, offrì un'interpretazione restrittiva dell'art. 103, comma 1, Cost. che ammette la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "in particolari materie indicate dalla legge"²⁵.

Secondo la sentenza n. 204, l'art. 103, primo comma, non conferisce al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'individuare le materie devolute alla giurisdizione amministrativa. Queste devono infatti essere "*particolari*" rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità nel senso che devono essere contrassegnate "dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità" cioè con provvedimenti incidenti su interessi legittimi nei confronti dei quali è accordata tutela davanti al giudice amministrativo. Non basta pertanto la mera presenza di una pubblica amministrazione come parte del giudizio, né un coinvolgimento generico di un interesse pubblico nella controversia²⁶.

La sentenza ribadisce dunque il ruolo del giudice amministrativo come giudice naturale degli interessi legittimi con "piena dignità di giudice ordinario per la tutela" di queste situazioni giuridiche consacrata dall'art. 24 Cost.

Su queste basi la sentenza, per un verso, riafferma la validità del criterio tradizionale del riparto di giurisdizione fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi. Per altro verso, avalla la scelta compiuta con l'art. 7, L. n. 205 del 2000 di attribuire al giudice amministrativo il potere generale di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno correlato all'esercizio illegittimo

Romano, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 602 ss.

²⁵ La sentenza dichiara l'incostituzionalità degli artt. 33 e 34, D.Lgs. n. 80/1998 operando una riscrittura parziale dei medesimi. Cfr. i commenti di M. Clarich, B.G. Mattarella, A. Pajino, in questa *Rivista*, 2004, 969 ss.

²⁶ Lo chiarisce meglio un'altra importante sentenza della Corte cost. 3 maggio 2006, n. 191 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 53, comma 1, D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 325 trasfuso nell'art. 53, comma 1, d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità), nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a "i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati", non esclude i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un pubblico potere. Dubbi di costituzionalità sull'eccessivo ampliamento della giurisdizione esclusiva erano stati espressi da A. Travi nel commento ad alcune sentenze e in particolare alla sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen., 30 marzo 2000, n. 3, in questa *Rivista*, 2000, 576 ss.

della funzione amministrativa.

Il risarcimento del danno ingiusto viene infatti qualificato dalla Corte, non già come “materia” o come un diritto soggettivo autonomo, come aveva invece ritenuto la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 500 del 1999, bensì come “strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo)”, che è necessario in relazione al principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all’art. 24 Cost.

In buona sostanza secondo il giudice delle leggi il titolare di un interesse legittimo leso da un provvedimento illegittimo dispone, secondo una concezione rimediale (*remedy*) quasi di matrice anglosassone, di due strumenti processuali e cioè l’azione di annullamento volta a far venir meno il provvedimento e gli effetti da esso prodotti con efficacia retroattiva e l’azione di risarcimento del danno.

La Corte costituzionale non chiarì peraltro il rapporto tra le due azioni sul quale emerse un contrasto giurisprudenziale tra giudice ordinario e giudice amministrativo all’indomani della sentenza n. 500/1999 risolto in via definitiva soltanto dal Codice del processo amministrativo.

Da un lato, la Corte di cassazione ritenne che il privato fosse libero di scegliere se proporre l’azione di risarcimento in modo autonomo entro il termine quinquennale di prescrizione oppure in connessione con l’azione di annullamento entro il termine di decadenza di sessanta giorni²⁷.

Dall’altro il Consiglio di Stato negò la possibilità di scelta affermando che potesse essere proposta l’azione di risarcimento solo se fosse stata tempestivamente proposta l’azione di annullamento (la c.d. pregiudizialità amministrativa)²⁸.

La tesi della pregiudizialità amministrativa, che assegnava una priorità alla tutela specifica rispetto a quella per equivalente, rispondeva all’esigenza di limitare gli esborsi a carico dello Stato visto che la tutela specifica non comporta oneri finanziari. Essa era anche più conforme alla visione tradizionale dell’interesse legittimo come situazione giuridica strettamente legata e in qualche misura servente rispetto all’interesse pubblico, tanto da giustificare la regola che impone al ricorrente di impugnare l’atto illegittimo anche nei casi in cui tale forma di tutela non soddisfa il suo interesse effettivo.

L’art. 30, comma 3, del Codice del processo amministrativo non accoglie il principio della pregiudizialità amministrativa. Ammette infatti l’azione risarcitoria pura, ma le assegna comunque una funzione ancillare e complementare in particolare rispetto all’azione di annullamento. Essa viene in realtà disincentivata in base a due regole che, secondo alcuni commentatori, introducono una sorta di “pregiudizialità mascherata”.

²⁷ Cfr. ordinanze della Cassazione civile, SS.UU., 13 giugno 2006, nn. 13659, 13660, 13911, e sentenza della Cass. Civ., SS.UU., 23 novembre 2008, n. 30254.

²⁸ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 26 marzo 2003, n. 4, e Cons. Stato 22 ottobre 2007, n. 12.

La prima regola è che l'azione deve essere proposta nel termine breve di 120 giorni dal fatto o dalla conoscenza del provvedimento che ha provocato il danno, che forse non a caso coincide con quello per proporre il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai fini dell'annullamento del provvedimento impugnato. La seconda regola disincentivante è che in sede di determinazione dell'ammontare del risarcimento, il giudice amministrativo deve escludere i danni "che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento dei mezzi di tutela previsti" (art. 30, comma 3, ultimo periodo che riprende l'art. 1227, comma 2, c.c.).

Il contributo della giurisprudenza alla trasformazione della giustizia amministrativa verso una maggior effettività della tutela negli anni antecedenti al Codice del processo amministrativo si manifestò anche su altri versanti. E ciò in linea con una lunga tradizione che aveva visto la giurisprudenza colmare via via, nell'inerzia del legislatore, lacune normative e vuoti di tutela²⁹.

Possono essere ricordate due tra le evoluzioni più significative.

La prima riguardò la *translatio iudicii*, che, come già osservato, non era ammessa in base a una visione di una assoluta separatezza e incomunicabilità tra i due plessi della giurisdizione ordinaria e amministrativa. In nome del principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale nel 2007 due sentenze quasi coeve delle Sezioni Unite della Corte di cassazione e della Corte costituzionale, la prima in via interpretativa, la seconda attraverso una sentenza di incostituzionalità additiva, aprirono la strada alla possibilità, in caso di errore nella scelta, di riassumere il giudizio innanzi al giudice dotato di giurisdizione³⁰.

Il principio così affermato richiedeva comunque un intervento del legislatore ordinario allo scopo di disciplinare il meccanismo della riassunzione (forma dell'atto, termini, modalità di notifica, ecc.) che la Corte costituzionale non avrebbe potuto porre, ma soltanto sollecitare. A definire le regole procedurali della trasposizione ha provveduto nel 2010 il Codice del processo amministrativo³¹.

Una seconda evoluzione riguardò l'intensità del sindacato sulle valutazioni discrezionali e soprattutto tecnico discrezionali dell'amministrazione che chiama in causa i rapporti tra giudice amministrativo e pubblica amministrazione titolare del potere e il principio della separazione dei poteri.

Il tema si pose in realtà sin dall'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato che ben presto

²⁹ Così, per esempio, costituì un caso definito di "bruta normazione giurisprudenziale" la sentenza del Cons. Stato, Sez. IV, 9 marzo 1928, n. 181 che estese l'applicazione del giudizio di ottemperanza, espressamente previsto per legge per le sole sentenze del giudice ordinario, alle pronunce del giudice amministrativo. La stessa individuazione dei criteri per il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo avvenne negli anni Trenta, per porre fine nell'inerzia del legislatore ai contrasti interpretativi sul punto, in base a un "concordato giurisprudenziale" fra i presidenti della Corte di cassazione (Mariano D'Amelio) e del Consiglio di Stato (Santi Romano).

³⁰ Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 22 febbraio 2007, n. 4109 e Corte cost. 12 marzo 2009, n. 77 che dichiarò incostituzionale l'art. 30 della legge istitutiva dei T.A.R. nella parte in cui "non prevede che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotto dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione".

³¹ Cfr. art. 11, comma 2, D.Lgs, n. 104/2010.

estese il proprio sindacato di legittimità ad aspetti che attengono alla legittimità sostanziale (legalità intrinseca) del provvedimento, oltre che quelli meramente formali e procedurali (legalità estrinseca). Per verificare il corretto uso della discrezionalità amministrativa, pur senza sconfinare in apprezzamenti propriamente di merito, venne in particolare utilizzato il vizio di eccesso di potere, inteso come sviamento di potere dal fine tipico legale deducibile attraverso le c.d. figure sintomatiche. Anche le valutazioni tecniche (nel linguaggio più tradizionale, discrezionalità tecnica) erano ritenute in linea di principio insindacabili nel merito al pari delle valutazioni espressione di discrezionalità amministrativa.

Una svolta si ebbe nel 1999 ad opera del Consiglio di Stato in un caso di riconducibilità di una malattia contratta da un dipendente pubblico alla causa di servizio a fini previdenziali. In quell'occasione il Consiglio di Stato, cogliendo alcune sollecitazioni della dottrina³², operò una distinzione tra, da un lato, "riserva di amministrazione" in ordine al merito amministrativo e all'apprezzamento dell'interesse pubblico in linea di principio insindacabili; dall'altro lato, valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento "quando la norma tecnica contenga dei concetti indeterminati o comunque richieda apprezzamenti opinabili". Infatti "una cosa è l'opinabilità, altra cosa è l'opportunità". In materia di apprezzamenti tecnici, pertanto, secondo questa pronuncia, il sindacato giurisdizionale può spingersi oltre il mero controllo formale ed estrinseco dell'*iter* logico seguito dall'autorità amministrativa, ma può sostanzialmente in una "verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo".

In questo modo il sindacato del giudice amministrativo acquistò un grado di intensità molto maggiore, considerato anche che di lì a poco la L. n. 205/2000, come accennato, gli conferì il potere di disporre la consulenza tecnica d'ufficio, in contraddittorio con le parti, necessaria per consentirgli di valutare l'attendibilità della valutazione operata dall'amministrazione sulla base di conoscenze tecniche e scientifiche con le quali il giudice non ha generalmente dimestichezza.

Peraltro, l'"attendibilità" della valutazione non coincideva necessariamente con la "condivisibilità", nel senso che il giudice ben avrebbe potuto ritenere una valutazione tecnica come attendibile, cioè formulata sulla base di argomentazioni logiche e tecniche ben strutturate, e dunque legittima, pur non condividendola.

³² Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 9 aprile 1999, n. 601 con nota di D. De Pretis, in questa *Rivista*, 1999, 1179 ss. Per la dottrina implicitamente richiamata dalla sentenza cfr. F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in F. Ledda, *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 228 e 229.

4. La codificazione del processo amministrativo

Le trasformazioni del processo amministrativo a partire dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso vennero promosse, come si è visto, dalla giurisprudenza, con alcune sentenze che si possono definire storiche, e dal legislatore, quest'ultimo in modo frammentario ed estemporaneo³³.

L'esigenza di una revisione complessiva della disciplina del processo amministrativo contenuta ancora in gran parte nel Testo Unico del 1924 delle leggi sul Consiglio di Stato e nella legge del 1971 istitutiva dei Tar era dunque sempre più avvertita.

Nel 2009 il Parlamento concesse al governo un'ampia delega legislativa al riordino della normativa prevedendo che il governo potesse demandare la predisposizione dello schema di decreto legislativo delegato al Consiglio di Stato anche con l'ausilio di una commissione composta da magistrati e da esperti esterni³⁴.

Il testo elaborato dalla commissione costituì la base per l'emanazione del Codice approvato con D.Lgs. n. 104/2010 che abrogò i testi normativi precedenti³⁵. Il governo confermò quasi integralmente la bozza di articolato e si può pertanto affermare che il nuovo assetto del processo amministrativo è l'esito di un percorso di "autoriforma" intrapreso dallo stesso giudice amministrativo.

Il Codice del processo costituisce un evento epocale nell'evoluzione della giustizia amministrativa. Pur non spezzando la linea di continuità con la tradizione, il Codice accoglie anzitutto definitivamente la concezione soggettiva della tutela, che pone in primo piano la situazione giuridica soggettiva del ricorrente e valorizza il principio della domanda, ponendo in secondo piano il ripristino della legalità violata dal provvedimento impugnato a tutela dell'interesse pubblico che connota la concezione oggettiva della tutela.

Ciò emerge dallo stesso ordine espositivo del Codice, che subito dopo una prima parte dedicata ai principi generali, alla giurisdizione e alla competenza del Consiglio di Stato e dei Tar e alle parti del giudizio, disciplina in modo articolato le azioni esperibili nel processo amministrativo e le domande che il ricorrente può proporre (art. 29 ss., D.Lgs. n. 104/2010) e che il giudice è tenuto a esaminare,

³³ Tra gli interventi del legislatore riferiti ad ambiti particolari va richiamato anche il Codice dei contratti pubblici approvato con D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che disciplina un rito speciale accelerato per le controversie in tema di procedure di gara, nonché il D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53 che recepì la Dir. 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007 relativa alle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici e attribuì al giudice amministrativo poteri eccezionali, in caso di accoglimento del ricorso, volti a incidere sulla sorte del contratto stipulato a valle dell'aggiudicazione illegittima e altre disposizioni procedurali speciali. Va anche richiamata l'azione per l'efficienza delle amministrazioni introdotta dal D.Lgs. 20 dicembre 2009, n. 198 che consente anche ad associazioni e comitati di proporre un ricorso nei confronti delle pubbliche amministrazioni e dei gestori di servizi pubblici al fine di far accertare la violazione di livelli e standard di qualità predefiniti (come per esempio quelli stabiliti nelle carte dei servizi) e di ottenere una sentenza di condanna a porre in essere le attività necessarie per farli rispettare. Si tratta di un'azione che ha avuto scarsa applicazione e che non a caso non è stata inserita nel Codice, essendo dubbio che l'efficienza delle amministrazioni possa essere perseguita in via giudiziaria piuttosto che con misure organizzative appropriate.

³⁴ Cfr. art. 44, comma 2, lett. a), L. 18 giugno 2009, n. 69.

³⁵ Ad esso fecero seguito due decreti legislativi correttivi (D.Lgs. 15 novembre 2011, n. 195 e D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160).

in base al principio della corrispondenza tra il chiesto e pronunciato. Seguono nell'ordine espositivo del Codice le disposizioni sui provvedimenti del giudice e in particolare sulle sentenze di merito emanate in caso di accoglimento del ricorso, appunto "nei limiti della domanda" (art. 33, D.Lgs. n. 104/2010).

La disciplina delle azioni è particolarmente innovativa perché tende a fornire al ricorrente uno strumentario completo, in linea con il principio costituzionale di effettività della tutela richiamato all'art. 1, da attivare a seconda dei bisogni di tutela che di volta in volta si possono presentare anzitutto in sede di giudizio di cognizione.

Il Codice costituisce così il punto di arrivo di un'evoluzione da un processo finalizzato all'annullamento dei provvedimenti illegittimi lesivi di interessi legittimi oppositivi a un processo in grado di soddisfare i bisogni di tutela degli interessi legittimi pretensivi (azione avverso il silenzio e soprattutto azione di adempimento) inclusa quella risarcitoria.

Sempre in nome dell'effettività della tutela, il Codice rende più incisivo il processo cautelare, affidando a un giudice monocratico la possibilità di emanare *ad horas* provvedimenti interinali nelle more dell'udienza collegiale in camera di consiglio (art. 56, D.Lgs. n. 104/2010) e addirittura *ante causam* (art. 61, D.Lgs. n. 104/2010). Anche la tutela esecutiva viene rafforzata attraverso una riconfigurazione del giudizio di ottemperanza che, in particolare, può essere attivato, anche al fine di chiedere al giudice che ha emanato la sentenza chiarimenti sulle modalità della sua esecuzione (art. 112, comma 5, D.Lgs. n. 104/2010) e che consente al giudice, non soltanto di nominare un *commissario ad acta* per provvedere all'esecuzione in luogo dell'amministrazione inadempiente, ma anche di condannarla al pagamento di una somma di danaro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione (art. 114, comma 4, lett. e, D.Lgs. n. 104/2010 sulle c.d. *astreintes*).

Quanto al perimetro della giurisdizione del giudice amministrativo, il Codice riprende la distinzione tradizionale tra giurisdizione generale di legittimità, esclusiva e di merito, in conformità all'art. 103, comma 1, Cost.

La giurisdizione amministrativa si connota per riguardare le controversie "nelle quali si faccia questione di interessi legittimi", formula quest'ultima simmetrica a quella contenuta nell'art. 2, L. n. 2248/1965 All. E che attribuisce alla giurisdizione ordinaria le controversie "nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico", cioè un diritto soggettivo.

Le controversie relative ai diritti soggettivi nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva devono essere comunque "concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni". Si tratta di una formula che riprende e legifica i criteri posti dalla sentenza Corte cost. n. 204 del 2004 secondo la quale, come

visto, le controversie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo devono essere contrassegnate “dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità”³⁶.

In questo senso il Codice chiude in via definitiva la strada aperta dal D.Lgs. n. 80/1998 verso una sostanziale omologazione e sovrapposizione del giudice amministrativo al giudice ordinario, ponendo un freno all’ampliamento dell’ambito della giurisdizione esclusiva.

Il Codice opera un salto culturale anche sotto un altro profilo. Per un verso infatti l’art. 1, nell’enunciare il principio dell’effettività della tutela, rinvia non soltanto alla Costituzione ma anche ai principi del diritto europeo e così facendo apre ancor più il processo amministrativo a una prospettiva non meramente nazionale. Per altro verso, il Codice, che mantiene una struttura snella, richiama espressamente molte disposizioni del Codice di procedura civile e all’art. 39, rubricato “Rinvio esterno”, contiene una clausola generale residuale secondo la quale per quanto non disciplinato espressamente “si applicano le disposizioni del Codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali”. Ma quella che è stata definita come una tendenza verso la “civilizzazione” del processo amministrativo non comporta necessariamente una omologazione piena alle regole del processo civile ordinario. Infatti, la clausola di compatibilità di cui all’art. 39, comma 1, esclude ogni automatismo nell’applicazione del codice di procedura civile e salvaguarda così l’autonomia del diritto processuale amministrativo.

In definitiva, anche senza addentrarci in un’analisi approfondita delle tante disposizioni innovative, si può affermare che il Codice razionalizza e completa un’evoluzione legislativa e giurisprudenziale nella direzione di rendere il processo amministrativo in grado di offrire un livello di tutela degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi non minore rispetto a quello del giudice ordinario. Esso costituisce una pietra miliare nel lungo percorso intrapreso dalla giustizia amministrativa a partire dalla legge del 1865 abolitrice del contenzioso amministrativo.

5. La fase di assestamento

Come ogni riforma che dà un nuovo assetto organico a una materia, anche il Codice del processo amministrativo ha vissuto e vive ancora una fase di assestamento.

In primo luogo, lo stesso legislatore ha operato subito alcuni aggiustamenti al Codice con due decreti legislativi correttivi³⁷. Nel corso della pandemia da Covid-19 sono state introdotte alcune disposizioni volte a evitare la formazione di nuovo arretrato e a contenere i tempi dei processi³⁸. Un rito speciale

³⁶ La già richiamata sentenza della Corte cost. 3 maggio 2006, n. 191, come già sottolineato in una precedente nota, esclude che possano rientrare nella giurisdizione del giudice amministrativo i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all’esercizio di un pubblico potere.

³⁷ Cfr. D.Lgs. 15 novembre 2011, n. 195 e D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160;

³⁸ Cfr. art. 17, comma 7, D.L. 9 giugno 2021 convertito con modificazioni in L. 6 agosto 2021, n. 113.

accelerato, non incluso nel Codice, è stato introdotto al fine di consentire il rispetto dei termini previsti dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)³⁹. Nel 2018 è entrato a regime il c.d. processo telematico⁴⁰.

In secondo luogo, la giurisprudenza via via formatasi ha contribuito a chiarire meglio la portata di molte disposizioni del Codice.

Solo per esemplificare, sulla questione del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale proposto dal controinteressato, sono emerse interpretazioni difformi con riguardo ai ricorsi reciprocamente escludenti nella materia dei contratti pubblici. Secondo un'impostazione, avallata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁴¹, l'accoglimento del ricorso incidentale proposto dall'impresa risultata aggiudicataria volto a far escludere dalla procedura l'impresa non aggiudicataria che ha impugnato l'aggiudicazione rende inammissibile il ricorso principale proposto da quest'ultima. E questo in quanto il ricorrente principale risulta a quel punto privo di legittimazione a ricorrere. Secondo un'altra impostazione, fatta propria dalla Corte di giustizia, invece entrambi i ricorsi principale e incidentale reciprocamente escludenti vanno considerati in linea di principio equivalenti e devono essere esaminati entrambi⁴².

In tema di legittimazione a ricorrere degli enti esponenziali di interessi diffusi la giurisprudenza ha precisato le condizioni necessarie affinché essa sia riconosciuta e ha chiarito che occorre in particolare la lesione diretta delle finalità statutarie e una verifica in concreto della rappresentatività dell'ente⁴³. In tema di legittimazione e interesse ad agire nei ricorsi avverso i titoli edilizi la giurisprudenza, dopo aver espresso posizioni contrastanti, si è attestata sul principio secondo il quale non basta la c.d. *vicinitas*, ma occorre che il ricorrente dia prova di una significativa lesività delle opere edilizie realizzate⁴⁴.

In materia di effetti della sentenza di annullamento la giurisprudenza ha stabilito che il principio della retroattività può subire, in presenza di certe condizioni, deroghe e attenuazioni⁴⁵. In materia di vincolo del precedente, il Consiglio di Stato ha via via chiarito la portata del principio di diritto enunciato

³⁹ Cfr. art. 12-*bis*, D.L. 16 giugno 2022, n. 68 convertito in L. 5 agosto 2022, n. 198.

⁴⁰ Cfr. art. 13 delle Norme di attuazione del Codice a disposizione attuato con D.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40.

⁴¹ Cfr. sentenze del Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 14 e Cons. Stato 25 febbraio 2014, n. 9, quest'ultima con nota di L. Ferrara, *Un errore di fondo?*, in questa *Rivista*, 2014, 919 ss.

⁴² Cfr. sentenza Corte di Giustizia UE 5 settembre 2019 in C-333/18 emessa in seguito a un rinvio principale proposto dalla stessa Adunanza Plenaria del Cons. Stato con ordinanza 11 maggio 2018, n. 6.

⁴³ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 20 febbraio 2020, n. 6. con note di G. Mirate - G. Mannucci, in questa *Rivista*, 2020, rispettivamente 520 ss. e 529 ss.

⁴⁴ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 9 dicembre 2021, n. 22 con nota di P. Urbani, "*Vicinitas*" e *interesse al ricorso*, in questa *Rivista*, 2022, 341 ss.

⁴⁵ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 9 novembre 2021, n. 17 e n. 18 che richiama alcuni precedenti.

dall'Adunanza Plenaria ai sensi dell'art. 99, comma 3, del Codice del processo amministrativo⁴⁶.

Un'evoluzione giurisprudenziale si è verificata anche in relazione al sindacato sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione precisando le coordinate già fissate dalla sentenza del 1999 sopra citata. Il limite del sindacato su questo tipo di valutazioni è stato spostato su una linea ancor più avanzata, poiché il giudice amministrativo ha ritenuto di poter valutare in termini di maggiore o minore attendibilità le valutazioni operate dall'amministrazione rispetto a quelle prospettate in sede di giudizio dalle parti del processo, eventualmente anche all'esito di una consulenza tecnica d'ufficio⁴⁷. L'interessato ha l'onere di mettere in discussione l'attendibilità tecnico-scientifica della valutazione operata dall'amministrazione, eventualmente anche attraverso perizie di parte. Se questo onere non viene assolto e "si fronteggiano soltanto opinioni divergenti, tutte parimenti plausibili, il giudice deve dare prevalenza alla posizione espressa dall'organo istituzionalmente investito (...) della competenza ad adottare la decisione" (Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2022, n. 10624⁴⁸).

Sempre in tema di intensità del sindacato, la giurisprudenza si è confrontata con la recente disciplina del *golden power* che attribuisce al Consiglio dei ministri un'ampissima discrezionalità (al limite dell'attinenza alla sfera propriamente politica insindacabile) in relazione ai divieti opposti ad operazioni societarie di acquisizione di società italiane da parte di imprese di Stati non europei che potrebbero mettere a rischio la sicurezza nazionale⁴⁹.

Per quanto riguarda i rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa una criticità ha riguardato l'interpretazione dell'art. 111, ultimo comma, Cost., ripreso dall'art. 110 del Codice, secondo il quale il ricorso in cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato "è ammesso per soli motivi inerenti alla giurisdizione".

La Corte di cassazione aveva inaugurato un filone giurisprudenziale volto ad ampliare la nozione di motivi inerenti alla giurisdizione facendovi rientrare anche casi di sentenze "abnormi", "anomale", che operano uno "stravolgimento radicale delle norme di riferimento" da parte del giudice amministrativo (Cass. Civ., SS.UU., 20 maggio 2016, n. 10501), cioè di *errores in iudicando* particolarmente gravi. In questo modo la Corte di cassazione cercava di porre rimedio a quella che viene percepita come una limitazione del sindacato della Corte di cassazione, che a differenza di quanto accade con riguardo alle sentenze del giudice ordinario in base all'art. 360 c.p.c., non può sindacare le sentenze del giudice amministrativo per violazione o falsa applicazione delle norme di

⁴⁶ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 27 febbraio 2019, n. 4.

⁴⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5559.

⁴⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2022, n. 10624.

⁴⁹ Il riferimento è al D.L. 15 marzo 2012, n. 21 che devolve al Consiglio dei ministri apprezzamenti che, secondo il Cons. Stato, Sez. IV, 9 gennaio 2023, n. 289 sono "la risultante di una ponderazione altamente discrezionale (se non apertamente politica)". Cfr. altresì T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 13 aprile 2022, n. 4486 con nota di A. Paccione, *Golden Power e il principio di legalità*, in questa *Rivista*, 2022, 655 ss.

diritto, compromettendo così la propria funzione nomofilattica.

La Corte costituzionale ha sconfessato l'interpretazione estensiva dei motivi inerenti alla giurisdizione, salvaguardando così l'autonomia del Consiglio di Stato, quale organo di vertice della giurisdizione amministrativa, nell'interpretazione del diritto applicato (Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 6).

Secondo la Corte costituzionale “attribuire rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio è, sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriero di incertezze, in quanto affidato a valutazioni contingenti e soggettive”. L'interpretazione evolutiva secondo la quale i motivi inerenti alla giurisdizione includano anche alcuni *errores in procedendo* e *in iudicando* “non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale”⁵⁰. Non condividendo l'orientamento della Corte costituzionale, la Corte di cassazione ha disposto il rinvio in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea della questione interpretativa dei limiti del proprio sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato almeno nei casi in cui queste non applicano in modo corretto il diritto europeo⁵¹.

La Corte di Giustizia ha confermato l'interpretazione restrittiva della Corte costituzionale affermando che la limitazione posta dall'art. 111, comma 8, Cost., alla possibilità di ricorrere in cassazione avverso le sentenze dell'organo supremo della giustizia amministrativa di uno Stato membro, secondo l'interpretazione risultante dalla sentenza n. 6/2018, non è in contrasto con i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva imposti dal diritto dell'Unione⁵².

Secondo i giudici del Lussemburgo gli Stati membri non sono obbligati a istituire mezzi di ricorso diversi da quelli già contemplati dal diritto interno, sempre che esista un qualche rimedio giurisdizionale nazionale che permetta di garantire il rispetto dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione.

E poiché il Consiglio di Stato ha le caratteristiche di un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge, secondo la Corte di giustizia, “una norma di diritto nazionale che impedisce che le valutazioni di merito effettuate dal supremo organo della giustizia amministrativa possano

⁵⁰ La Corte costituzionale ha pertanto limitato i motivi inerenti alla giurisdizione denunciabili in Cassazione a solo tre casi: il difetto assoluto di giurisdizione, cioè quando il Consiglio di Stato (ma anche la Corte dei conti) “afferma la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione” (c.d. invasione o sconfinamento); quando al contrario il Consiglio di Stato neghi la giurisdizione “sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta di cognizione giurisdizionale” (c.d. arretramento); quando il giudice amministrativo (o contabile) “afferma la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione” oppure al contrario “la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici” (difetto relativo di giurisdizione).

⁵¹ Cfr. ordinanza Cass. Civ., SS.UU., 18 settembre 2020, n. 19598, anche se in un primo momento le Sezioni Unite si erano adeguate all'orientamento della Corte costituzionale (in particolare con la sentenza Cass. civ., Sezioni Unite 16 maggio 2019, n. 13243). Sull'ordinanza n. 19598 cfr. M. Clarich, *I motivi inerenti alla giurisdizione nel “dialogo” tra le Corti supreme*, in *Corr. giur.*, 2021, 162-180.

⁵² Cfr. sentenza Corte di Giustizia UE 21 dicembre 2021 in C-497/20.

ancora essere esaminate dall'organo giurisdizionale supremo, cioè dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, non può essere considerata una limitazione (...) del diritto di ricorrere a un giudice imparziale sancito all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”.

Dopo questa pronuncia alcune pronunce della Corte di cassazione si sono adeguate all'interpretazione restrittiva data dalla Corte costituzionale, mentre altre hanno cercato di allargare le maglie della nozione di motivi inerenti alla giurisdizione⁵³. In questo modo la *querelle* non sembra del tutto chiusa. Sotto il profilo istituzionale, il contrasto tra le supreme magistrature italiane, inclusa la Corte costituzionale, rimesso a una sorta di arbitraggio in sede europea, non sembra costituire un esempio virtuoso di “dialogo tra le corti”.

6. Conclusioni

Negli ultimi trent'anni il sistema della giustizia amministrativa ha vissuto un cambiamento radicale in linea con una concezione moderna dello Stato di diritto che richiede strumenti di tutela efficace del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. Il processo amministrativo offre ormai uno strumentario completo di strumenti in aderenza all'insegnamento chiovendiano secondo il quale il processo deve “dare per quanto praticamente possibile a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire in base al diritto sostanziale”⁵⁴.

Anche sotto il profilo dei tempi della giustizia, almeno per quanto riguarda il processo amministrativo, si segnala negli ultimi anni, da un lato, una riduzione del carico del contenzioso, grazie a un impegno profuso per lo smaltimento dell'arretrato, con la programmazione di udienze specificamente mirate a questo obiettivo, dall'altro, un contenimento significativo dei tempi di conclusione dei processi, come richiesto dal Piano nazionale di ripresa e resilienza che pone una serie di obiettivi per il miglioramento dell'intero comparto della giustizia⁵⁵.

Restano tuttavia presenti alcune sfide. Per esempio, il giudice amministrativo deve prendere maggior confidenza con le azioni risarcitorie con riferimento alle quali il giudice civile ha maturato una lunga esperienza. Anche l'utilizzo di strumenti innovativi come la consulenza tecnica d'ufficio appare per

⁵³ Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 30 agosto 2022, n. 25503 che si adegua all'interpretazione restrittiva; Cass. Civ., SS.UU., 23 novembre 2023, n. 32559 secondo la quale integra “motivo di giurisdizione” nella forma del rifiuto della tutela giurisdizionale la censura volta a contestare una decisione del giudice amministrativo che abbia dichiarato l'inammissibilità dell'intervento di enti esponenziali senza valutare in concreto il contenuto dei loro statuti e la loro concreta capacità di farsi portatori di interessi della collettività di riferimento. Su quest'ultima sentenza cfr. F.S. Pellegrino, *Le Sezioni Unite riaccendono il conflitto sui limiti del sindacato ex art. 111, comma 8, Cost.?*, in questa *Rivista*, 2024, 77 ss.

⁵⁴ Cfr. G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1912, 8. Per alcune carenze riferite in parte al Codice ma soprattutto ad alcune interpretazioni cfr. L. Ferrara, *L'incompiuta civilizzazione del processo amministrativo dieci anni dopo l'approvazione del Codice*, in *Munus*, 2020, 3, XXXIII ss.

⁵⁵ Per i dati precisi cfr. *Relazione del Presidente del Consiglio di Stato sull'attività della giustizia amministrativa*, Roma, 5 febbraio 2024 che conferma altresì il raggiungimento dell'obiettivo intermedio previsto dal PNRR relativo all'abbattimento del numero dei ricorsi pendenti al 31 dicembre 2019.

ora limitato, sia perché, come dimostra l'esperienza dei giudizi civili, si dilatano i tempi dei processi, sia per le difficoltà che insorgono talvolta a individuare un consulente tecnico che abbia caratteristiche di indipendenza e di credibilità. A questo riguardo, andrebbe presa in considerazione la proposta di integrare all'occorrenza i collegi giudicanti con esperti che possano aiutare i giudici a comprendere meglio questioni tecniche talora assai complesse. Andrebbero rivisti i riti speciali all'insegna di una maggior omogeneità. Potrebbero essere introdotti strumenti alternativi alla giurisdizione (le c.d. ADR) o altre modalità di risoluzione stragiudiziale delle controversie sperimentate con successo nel processo civile⁵⁶.

In ogni caso, in assenza di una revisione delle disposizioni della Costituzione in materia di giustizia amministrativa, che in realtà sembra di là da venire, alcune carenze appaiono insuperabili.

In particolare il dualismo giurisdizionale non paritario che ha caratterizzato fin dalle origini il sistema della giustizia amministrativa e che è stato confermato dalla Costituzione è fonte continua di incertezze applicative e di tensioni tra i due ordini giudiziari⁵⁷.

Da un lato, infatti, non sono sempre chiari i confini tra le due giurisdizioni ordinaria e amministrativa, segnati dalla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, e per quanto riguarda la giurisdizione esclusiva, dalla distinzione tra meri comportamenti e comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio del potere. E ciò dà origine a un contenzioso che nulla ha a che fare con il merito della controversia e che appesantisce l'andamento del processo.

Dall'altro lato, il dialogo tra le due giurisdizioni rischia talora di tradursi in uno scontro, come dimostrano, per esempio, le opposte visioni, non ancora riconciliate, in tema di azioni risarcitorie per lesione del principio del legittimo affidamento ingenerato e poi disatteso da comportamenti della pubblica amministrazione circa l'esito positivo di procedimenti su istanza di parte, oppure ingenerato dal rilascio illegittimo di un atto autorizzativo successivamente annullato⁵⁸.

Tra le proposte di revisione costituzionale avanzate vi è quella di istituire, sul modello francese, un tribunale dei conflitti, composto in via paritaria da magistrati delle due giurisdizioni, allo scopo di tracciare i confini della giurisdizione del giudice amministrativo e del giudice ordinario, senza dunque assegnare più questo ruolo alle Sezioni unite della Corte di cassazione come prevede l'art. 111, ultimo comma, della Costituzione. Periodicamente, affiora nel dibattito la proposta radicale, già avanzata in

⁵⁶ Cfr. sul tema M. Ramajoli, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 2014, fasc. 01-02 che ipotizza *de jure condendo* vari modelli tra i quali la proposta conciliativa del giudice rivolta alle parti.

⁵⁷ Cfr. M. Clarich, *Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 215 ss.

⁵⁸ A favore della giurisdizione del giudice amministrativo si era pronunciata, in particolare, la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Cons. Stato 9 novembre 2021, n. 20, non condivisa dall'ordinanza Cass. Civ., SS.UU., 24 gennaio 2023, n. 2936 che si rifà a un filone giurisprudenziale inaugurato da tre ordinanze delle Sezioni Unite del 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595, 6596.

sede di assemblea costituente da Calamandrei, di sopprimere il giudice amministrativo devolvendo l'intero contenzioso al giudice ordinario, eventualmente istituendo sezioni specializzate.

Ma in questa fase storica più che pensare a riforme costituzionali, sembrerebbe più proficuo promuovere sedi anche informali di confronto tra esponenti dei due ordini giudiziari per ricercare soluzioni condivise⁵⁹. E in ogni caso il giudice amministrativo dovrebbe impegnarsi nel far emergere ancor più, anche in collaborazione con il foro, le potenzialità del Codice del 2010.

Il contributo è incluso in un numero speciale per i 30 anni della rivista GDA, dedicato alle trasformazioni della pubblica amministrazione (n. 6, pag. 781 ss.)

⁵⁹ La Relazione del Presidente del Consiglio di Stato, Luigi Maruotti, citata alla nt. 56 dà atto dell'istituzione a fine del 2023 di un gruppo di lavoro congiunto composto da magistrati della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato.