

Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi

di *Leonardo Ferrara*

L'Autore passa in rassegna e sottopone a critica gli argomenti solitamente addotti a favore della persistenza della separazione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa. Tale opera si basa sulla premessa che il giudice amministrativo è il portato della componente autoritaria del pensiero liberale, nonché di un'interpretazione meccanica e superata del principio di separazione dei poteri.

In particolare. L'A. contesta la capacità del giudice amministrativo di offrire una risposta di giustizia pronta, efficace e particolarmente adeguata alla natura degli interessi coinvolti nel processo, e conclude osservando che i principi costituzionali, se colti nella loro dimensione programmatica, depongono a favore del raggiungimento della piena unità della giurisdizione.

1. All'amministrativista è stato chiesto di interrogarsi sull'unificazione della giurisdizione nella prospettiva dell'abbandono della dualità¹ del giudice (ordinario e amministrativo). Non, dunque, di domandarsi² se «serve ancora una giustizia amministrativa» (che è una domanda mal posta o quanto-

meno ingannevole)³, bensì se serve ancora un giudice speciale.

Ho provato allora a fare una ricognizione delle ragioni di attualità di tale giudice⁴, ma non sono riuscito a trovare nessun argomento decisivo; a tutto beneficio di quelli, molto solidi, a favore dell'uni(ci)

1. Che è anche dualismo.

2. Come si è fatto poche settimane fa in una Tavola rotonda svoltasi a Firenze (Auditorium al Duomo, 24 febbraio 2014).

3. È fuori discussione che la giustizia amministrativa serva, anzi, che non se ne possa fare a meno, visto che essa «ha come ragione la garanzia del cittadino nei confronti della Pa» (A. Travi, *Tre priorità per la giustizia amministrativa*, in *Sole 24 Ore*, 5 marzo 2014; ma dello stesso A. vedi anche *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 380, dove osservava che «in gioco [non può essere] l'ampiezza della funzione giurisdizionale complessiva nei confronti dell'Amministrazione»; v. altresì L. Torchia, *Giustizia ed economia*, editoriale pubblicato sul *Giorn. dir. amm.*, n. 4, 2014, in www.irpa.eu e F. Volpe, *Perché è sbagliato abolire o ridurre la fase cautelare nel processo amministrativo*, in www.lexitalia.it).

Semmai, di fronte alla contestazione proveniente dai politici e dagli amministratori che la giustizia amministrativa per porre rimedio alla lesione di un individuo o di un'impresa possa finire per creare un danno agli interessi di un'intera comunità (per esempio, bloccando o comunque ritardando gravemente la realizzazione di un'importante opera pubblica), sembra corretto insistere nella distinzione tra materie nelle quali l'esigenza effettiva è quella della tutela in forma specifica e materie nelle quali è sufficiente la tutela risarcitoria per equivalente: così D. Sorace, *Prospettive attuali del diritto amministrativo*, relazione al XX Convegno italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo (Roma 27 febbraio-1 marzo 2014).

4. Anche senza volere il pensiero corre a M. Nigro, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, 1983, V, 249 ss.

tà (organica e funzionale⁵), e quindi dell'unificazione, della giurisdizione⁶.

Il dibattito sul giudice amministrativo si è ormai aperto in modo franco e intendo prendervi parte, rispettando le diversità di opinioni che sono state manifestate in proposito. Sono, infatti, in giuoco "divisioni profonde"⁷ e risalenti, che in certi momenti della storia repubblicana sono tornate e tornano di attualità⁸. Questa divisione ha una sua dignità, nella misura in cui è espressione di impostazioni di fondo di diverso segno sistematico e valoriale.

2. Devo fare una premessa, per ricordare in moto sintetico un dato di partenza che dovrebbe essere a tutti noto.

Il giudice amministrativo come giudice speciale è figlio dell'idea che giudicare l'amministrazione è amministrare (*juger l'administration c'est encore administrer*⁹), risentendo pure del primato ottocentesco della funzione amministrativa, che richiede per essa un giudice apposito una volta operato il distacco

delle altre funzioni statali. Parimenti è il portato della componente autoritaria del pensiero liberale che, spezzando il *continuum* medioevale e premoderno tra giudicare e amministrare, vieta al giudice, al giudice ordinario, di interferire con l'amministrazione (si ricordino l'art. 4 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo, All. E; l'art. 13 della legge rivoluzionaria 16-24 agosto 1790; il decreto 16 fruttidoro anno III)¹⁰.

Questo modo di ragionare trascura la circostanza che sono il principio di legalità e la soggezione esclusiva alla legge a impedire al giudice di conservare il ruolo di amministratore e mediatore di interessi secondo un preteso ordine dato, così come è stato fino alla fine del XVIII secolo; non invece il divieto di annullamento del provvedimento amministrativo, giacché l'annullamento costituisce proprio applicazione della legge (senza sostituzione dell'amministrazione).

La specialità del giudice amministrativo ha, dunque, un fondamento storico¹¹ consistente in una interpretazione meccanica¹² e superata¹³ della separazione dei poteri.

5. A favore dell'esistenza di una unità funzionale si è più volte espressa, come è noto, la Corte costituzionale (v., per es., sent. n. 204 del 2004).

6. Su cui, di recente, E. Balboni, *Qualche idea, antica e nuova, a favore dell'unicità della giurisdizione*, in *Quad. Cost.*, 2011, 648 ss.; S. Lariccia, *Indipendenza dei giudici amministrativi e unità della giurisdizione*, in F. Cerrone - M. Volpi (a cura di), *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, Napoli, 2007, 162 ss.

7. C. Marzuoli, *Note in tema di indipendenza della funzione e di organizzazione del servizio*, relazione al Convegno di studi *Indipendenza, terzietà ed efficienza del giudice amministrativo in Italia e in Europa* (Roma, 18 febbraio 2011), organizzato dall'Associazione culturale magistrati amministrativi "Art. 111".

8. In Assemblea costituente (sul punto, tra molti altri, G. Silvestri, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, 1988, 715 ss.; E. Follieri, *La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 911 ss.; A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, cit., 376 ss.; A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto, Per una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005, 33 ss.; D. Sorace, *Il ruolo dell'atto nella giustizia amministrativa italiana. Raccontato in un incontro italo-francese*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 103 ss.; V. Cerulli Irelli, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in www.astrid-online.it; di recente, M. D'Amico - I. Pellizzone, *La giustizia amministrativa. Le ragioni della scelta del costituente e profili costituzionali dell'attuale dibattito sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Rivista AIC*, 4/2014), come nella Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, istituita con l. cost. n. 1 del 1997 (v. C. Marzuoli - A. Orsi Battaglini, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 895 ss.).

9. La frase risale a Pierre Paul Nicolas Henrion de Pansey (*De l'autorité judiciaire en France*, 1818).

10. Fondamentali su questi temi L. Mannori - B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2011, 36 ss.; M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, Bari, 2011, 59 ss. (dove si ricorda anche che bisogna aspettare gli inizi del secolo XIX perché prenda corpo il concetto di *acte administratif*, di provenimento amministrativo autoritativo).

11. Asseriva G. Pastori, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 921, che «la distinzione sia delle posizioni giuridiche che delle giurisdizioni ha solo una giustificazione storica, che si è voluta poi concettualizzare nelle materie più svariate e raffinate, ma che è semplicemente ancorata al modo di concepire l'amministrazione, i rapporti tra amministrazione e cittadini e i rapporti fra amministrazione e giurisdizione proprio dell'epoca in cui il sistema si è formato e che è ora del tutto obsoleta in quanto superata dal successivo evolversi del quadro istituzionale».

12. Come piaceva più a un ideologo come A. Destutt de Tracy, che non al barone di Montesquieu (v. G. Zanfarino, *Alle origini del governo rappresentativo, L' "ideologia" costituzionale di Destutt de Tracy*, Roma, 1993; G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 710).

Di «una rigida applicazione della divisione dei poteri, per cui il giudice ordinario, giudice dei diritti, non poteva essere giudice dell'amministrazione e il giudice dell'amministrazione non poteva essere che un'istanza speciale e diversa, prossima all'amministrazione stessa, senza poter essere giudice, se non del tutto mediamente, dell'interesse individuale, per quanto questo fosse sostanzialmente leso dalla illegittimità dell'atto compiuto dall'amministrazione» ragiona G. Pastori, *Per l'unità*, cit., 921.

13. Come dimostrano l'art. 24 Cost., che è «norma-cardine non solo per la tutela giurisdizionale del cittadino, ma anche per i rapporti fra

Va, pertanto, rovesciato il ragionamento che è stato fatto di recente, secondo cui «l'istituzione della giustizia amministrativa vale a salvaguardare il principio di separazione dei poteri, il quale, nella sua primigenia e iperrigida accezione, escludeva possibili forme di ingerenza del potere giudiziario sul potere esecutivo e, dunque, anche sugli atti della pubblica amministrazione», aggiungendo che «si potrebbe obiettare come l'evoluzione del pensiero liberale abbia dimostrato che la sostanza garantistica di tale principio non possa ritenersi scalfita da un sistema *monistico* della giurisdizione sugli atti amministrativi»¹⁴.

Il punto è un altro, opposto: è la salvaguardia dell'esecutivo, che rappresentava la giustificazione del sistema dualistico¹⁵, a scalfire la sostanza garantista del principio della separazione dei poteri.

3. Vediamo allora quali sono oggi¹⁶ gli argomenti addotti a fondamento della specialità del giudice

amministrativo.

Ripercorriamoli tutti molto sinteticamente, anche per criticarli. Anticipo che ne ho trovati una decina; avverto anche che gli ultimi due in particolare richiederebbero un'attenzione maggiore e un'analisi meno rozza o semplicistica di quanto non imponga il tempo a disposizione.

a) Invero, talvolta compare ancora l'argomento che la giustizia amministrativa mira alla «mediazione fra la salvaguardia degli interessi, particolari, dei privati e la tutela delle esigenze, generali, degli apparati burocratici»¹⁷, cosicché troverebbe giustificazione il «rapporto privilegiato»¹⁸ tra giudice amministrativo e pubblica amministrazione, l'«embricazione» con questa, come ebbe a dire Nigro¹⁹ (riconducibile, come è noto, alla nomina governativa di un quarto dei consiglieri di Stato²⁰; al cumulo di funzioni consultive e giurisdizionali attribuite al Consiglio di Stato; agli incarichi extragiudiziari, specie negli uffici ministeriali

Amministrazione e giurisdizione» (A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, cit, 374), e l'art. 113, comma 3, Cost., che consente al legislatore di attribuire al giudice ordinario (sia pure «eccezionalmente»: così M. Mazzamuto, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 156; v. anche G.U. Rescigno, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 119 n. 4) il potere di annullare gli atti amministrativi (togliendone il monopolio al giudice amministrativo ed escludendo di riflesso che nell'attribuzione dell'anzidetto potere sia rinvenibile una possibile ragione di esistenza dello stesso giudice amministrativo).

A proposito di quest'ultima disposizione costituzionale si è, di recente, osservato che essa non permette al legislatore di assegnare al giudice ordinario la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi, poiché «il potere di annullare l'atto presuppone l'esistenza della giurisdizione, non fonda la stessa» (R. Villata, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 287): malgrado il pregio dell'osservazione, sembra doversi tenere presente, da una parte, che storicamente la giurisdizione amministrativa e il potere di annullamento sono andati di pari passo (quasi identificandosi: v. G.D. Comporti, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Conticelli*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 746 ss.), cosicché la previsione di una pronuncia costitutiva significa anche previsione della giurisdizione; dall'altra, che in assenza di interessi legittimi non vi sarebbe spazio per l'annullamento dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario (stando almeno ancorati all'ordine di idee della *degradazione* delle situazioni giuridiche soggettive: ma v. l'intervento in Costituente di Ruini, ricordato da V. Cerulli Irelli, *La giurisdizione amministrativa*, cit, che parte dal presupposto della compatibilità tra potere amministrativo ablatorio e diritto soggettivo, dell'esistenza del secondo a fronte dell'esercizio illegittimo del primo).

14. F.S. Marini, *Unità e pluralità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in www.giustamm.it.

15. E che andava ben oltre «il riconoscimento del merito amministrativo», il quale può e deve essere garantito anche dal giudice ordinario (sostiene che «la vera ragione della pluralità delle giurisdizioni è la salvaguardia dell'autonomia dell'amministrazione dal potere dei giudici» e che «la salvaguardia dell'autonomia dell'amministrazione è niente altro che il riconoscimento del merito amministrativo» G. Montedoro, *Processo economico, sindacato giurisdizionale ed autonomia dell'amministrazione: la questione del merito amministrativo*, in www.apertacontrada.it).

16. «Oggi la ragion d'essere della giurisdizione amministrativa non può essere di ordine storico»: A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, cit, 375.

17. P. Aimò, *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento a oggi*, Bari, 2000, 3.

18. L'espressione è di M. Protto, *Le garanzie di indipendenza ed imparzialità del giudice nel processo amministrativo*, in G. Piperata - A. Sandulli (a cura di), *Le garanzie delle giurisdizioni. Indipendenza e imparzialità dei giudici*, Napoli, 2012, 96.

19. M. Nigro, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, ora in Id., *Scritti giuridici*, Milano, 1996, vol. II, 1051 ss.

20. Per l'analisi della problematica posta specificamente dal Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Sicilia e poco conosciuta v. S. Raimondi, *L'ordinamento della giustizia amministrativa in Sicilia. Privilegio e condanna*, Milano, 2009 (128 ss. in ordine alla composizione mista).

Riflettono anche sulla nomina governativa del Presidente del Consiglio di Stato M. D'Amico - I. Pellizzone, *La giustizia amministrativa*, cit, 9 ss., cui si rinvia per ulteriori indicazioni dottrinali.

di staff, dei magistrati amministrativi²¹).

Quanto ho appena detto sul principio di legalità e sulla soggezione alla legge è, però, sufficiente a demolire questo argomento. Il giudice, quale esso sia, deve applicare la legge, non fare mediazione tra interessi. A maggior ragione non deve perseguire l'interesse pubblico²², che è l'interesse di cui è portatrice una parte. L'interesse pubblico di fronte alla legge vale quanto l'interesse privato²³.

b) Per le stesse ragioni non può trovarsi la giustificazione del giudice speciale nel «tentativo di assicurare competenza e sensibilità ad un giudice che si confronta con l'esercizio di poteri autoritativi e con la realizzazione di interessi pubblici»²⁴. Ma questo argomento ha più sfaccettature e vi tornerò sopra.

c) Dove poi si osserva che è «la pluralità degli ordinamenti giuridici interna allo Stato – ossia il *diritto nello Stato* – che si intende salvaguardare, assicurando autonomia a quegli ordinamenti attraverso la

previsione di un giudice *interno o riservato*»²⁵, si ha la clamorosa confessione che il soggetto privato non gode delle garanzie dell'ordinamento generale o, se si preferisce, che il giudice amministrativo è il giudice della pubblica amministrazione, ancora una volta con buona pace della parità tra le parti in giudizio²⁶.

E non si dica, come talvolta si fa²⁷, che è l'art. 100 Cost. a configurare in tale modo il giudice amministrativo, perché i lavori dell'Assemblea costituente mostrano chiaramente che definendo il Consiglio di Stato «organo di tutela della giustizia nell'amministrazione» si intendeva fare riferimento all'attività consultiva prestata in occasione del ricorso straordinario al presidente della Repubblica, in piena conformità alla collocazione della disposizione nella sezione III del titolo III, dedicata agli «organi ausiliari» del Governo (altra questione è la progressiva e sostanziale giurisdizionalizzazione di tale ricorso²⁸)²⁹.

Del resto, che il giudice amministrativo non sia il giudice della pubblica amministrazione, dell'interesse pubblico o della legalità amministrativa³⁰ è lo stes-

21. Serve a poco replicare che incarichi extragiudiziari sono attribuiti anche ai magistrati ordinari, perché il problema non consiste solo nell'incarico in sé e per sé (si veda per indicazioni bibliografiche G. Garofoli, *Unicità della giurisdizione e indipendenza del giudice: principi costituzionali ed effettivo sviluppo del sistema giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 165 n. 61), quanto nella collateralità tra il giudice amministrativo e la pubblica amministrazione, dal momento che il giudice amministrativo è il giudice delle controversie con la pubblica amministrazione (rileva M. Protto, *Le garanzie*, cit. 99, che «essendo per natura ed istituzione i giudici dell'amministrazione, i rapporti dei giudici amministrativi con l'esecutivo rilevano non solo sotto il profilo dell'indipendenza, sia funzionale che istituzionale, ma anche sotto il profilo dell'imparzialità e dei rapporti con le parti, dal momento che la pubblica amministrazione è parte necessaria del processo amministrativo»).

Senza con questo dimenticare che quella degli incarichi extragiudiziari dei magistrati amministrativi è solo la punta dell'iceberg di un problema di vaste dimensioni, considerato che il tendenziale superamento degli *status* di origine medioevale e la conquista dell'unità dell'individuo hanno per converso aperto a tutto tondo nella società contemporanea la questione riassumibile nel concetto di incompatibilità e in quello di conflitto di interessi.

Suggeriva di stabilire «l'incompatibilità fra l'ufficio di consigliere di Stato o della Corte dei conti e quello di capo di gabinetto o capo ufficio legislativo» P. Virga, *Il falso problema della commistione*, in *Foro amm.*, 1997, 2926.

22. Circa il «crescente, quasi rassicurante, richiamo del giudice amministrativo alla «stella polare dell'interesse pubblico» [...] nelle Relazioni dei Presidenti del Consiglio di Stato e dei Tribunali amministrativi regionali in occasione delle cerimonie di inaugurazione degli anni giudiziari [...] nella recente stagione del potenziamento [...] degli strumenti di tutela delle situazioni soggettive» v. G.D. Comporti, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura*, cit. 754-755.

23. Fondamentale in proposito A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca*, cit. 61 ss. e 115 ss.

24. F.S. Marini, *Unità*, cit.

25. Ancora F.S. Marini, *Unità*, cit.

26. Si ha pure «la sottolineatura del carattere ordinamentale e tendenzialmente autosufficiente [del potere esecutivo] come persistente presenza dello Stato assoluto, autolegittimato e resistente alla subordinazione al legislativo o comunque alla delimitazione del proprio ruolo nell'ambito della tripartizione dei poteri» (C. Marzuoli - A. Orsi Battaglini, *Unità e pluralità*, cit. 898).

27. V. per esempio G. Montedoro, *Processo economico*, cit.

28. Su cui v., per esempio, P. Gotti, *La natura giuridica del ricorso straordinario al Capo dello Stato e l'individuazione del giudice competente per l'ottemperanza, al vaglio dell'Adunanza plenaria*, in *Foro amm.*, 2013, 2592 ss.; A. Travi, *La giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *Foro it.*, 2013, III, 483 ss.

La questione è stata di recente affrontata da C. cost., 2 aprile 2014, n. 73.

29. Nella seduta di sabato 25 ottobre 1947, sotto la presidenza di Umberto Terracini, l'Assemblea costituente approva la formulazione del primo comma dell'art. 93 (corrispondente all'art. 100 del testo finale della Costituzione) sulla base della riconducibilità dell'espressione alla funzione consultiva, intendendo in tal modo lasciare impregiudicata la questione dell'unità o meno della giurisdizione, che sarà affron-

so Consiglio di Stato in adunanza plenaria ad averlo proclamato con nettezza in molte recenti occasioni, sostenendo il carattere soggettivo e non oggettivo della giurisdizione amministrativa³¹. Non potrebbe essere diversamente visti gli artt. 24 e 111 Cost.³².

d) Un altro argomento addotto è che «la tutela prestata dal giudice amministrativo è estremamente rapida rispetto a quella offerta dal giudice ordinario»³³.

Si tratta di un argomento di carattere pratico il quale è inidoneo, in quanto tale, a dare fondamento al giudice speciale. Esso, comunque, non potrebbe reggere il confronto con le ragioni di carattere viceversa sistematico a favore dell'unità della giurisdizione. Spingerebbe, semmai, a elaborare soluzioni organizzative e processuali che conservino la rapidità di giudizio, una volta proceduti all'unificazione delle giurisdizioni.

Ma non è neppure un argomento tanto veritiero. Per svariati motivi.

Intanto, la giustizia amministrativa è rapida dove è accolta la domanda cautelare: se questa non è accolta e non si è in un rito speciale, è altra musica³⁴.

Non va, poi, taciuto il profilo relativo al processo di esecuzione: il giudizio di ottemperanza, spesso decantato, rischia, in concreto, di essere una farsa, grazie a quegli ordini ripetuti di ottemperare³⁵, che procrastinano all'infinito l'esecuzione³⁶. Il resto lo fa il *self-restraint* del commissario *ad acta*, rivelatore di una contiguità con la pubblica amministrazione, cui nessun ridimensionamento ha condotto la pur condivisibile qualificazione normativa³⁷ dello stesso commissario quale organo ausiliario³⁸.

Che dire poi dei conflitti e delle questioni di giurisdizione³⁹? L'unificazione della giurisdizione (magari attraverso la creazione di sezioni specializzate amministrative, con accorgimenti organizzativi e processuali che valgano a sottrarle dalla «crisi profonda della giustizia ordinaria»⁴⁰) risolverebbe *d'emblée* il problema, eliminando la messe di sentenze sulla giurisdizione dei giudici di merito e della Corte di cassazione.

tata nella discussione del successivo art. 95 (si veda in particolare l'intervento di Meuccio Ruini, Presidente della cd Commissione dei 75). Sul punto v. anche A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca*, cit., 82 ss.

Rileva che «è stato il giudice amministrativo a dover emanciparsi dal compito di assicurare la giustizia nella amministrazione e crearsi il compito di imporre la giustizia alla amministrazione» M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 4/2014, 13.

30. Che è «la legittimità dispiegata come verifica del corretto perseguimento dell'interesse pubblico» (C. Marzuoli, *Note*, cit.).

31. V., tra altre, C.S., ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4 e C.S., ad. plen., 26 luglio 2012, n. 30.

32. Sia consentito rinviare in proposito a L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 617 ss.

33. Si veda *sub F.* Fischione, *Resoconto del convegno: Fuga dal giudice amministrativo?* in www.giustamm.it.

34. Ha rilevato D. Sorace, *Prospettive attuali*, cit., che dal momento che il codice sul processo amministrativo prevede dei riti abbreviati per certi tipi di controversie (quelle di maggior importanza economica) ed esiste tutt'ora un enorme arretrato («anche se in via di riduzione è lontano il tempo in cui è prevedibile che Achille raggiunga la tartaruga»), la durata dei processi per le liti che non possono accedere alla corsia preferenziale non solo è prevedibilmente lunga ma può essere di durata indefinita e magari infinita.

35. Adesso addirittura positivizzati dall'art. 114, comma 4, lett. a), cpa.

36. Rileva in maniera condivisibile G.F. Ricci, *Principi*, cit., 191, che «nel campo amministrativo, particolarmente deboli si presentano i mezzi per ottenere l'esecuzione del giudicato».

37. Ai sensi dell'art. 21 cpa.

38. Tanto da doversi domandare se non convenga anche in Italia fare affidamento per l'esecuzione sulle misure coercitive indirette.

39. Rileva F.S. Marini, *Unità*, cit., che «vi è un'intuitiva esigenza di semplificazione, in quanto l'unitarietà della giurisdizione evita le omonime questioni e gli omonimi conflitti, a tutto vantaggio dell'effettività della tutela degli interessi dei singoli», aggiungendo che è vero «che il problema è stato in parte sdrammatizzato dall'innovazione della *traslatio iudicii*, ma è altrettanto vero che l'introduzione dell'istituto sembra quasi stare a sottolineare l'artificialità della differenziazione tra giudici ordinari e giudici amministrativi, rispetto ad un processo che, indipendentemente dalla situazione giuridica soggettiva che viene in rilievo, cerca sempre di più di strutturarsi come unitario». Lamenta di recente l'incertezza sul giudice competente F. Satta, *Fuga dal giudice amministrativo*, in www.apertacontrada.it.

40. A. Travi, *Tre priorità*, cit.

A Costituzione invariata meriterebbe invece approfondimento una idea suggerita di recente da Domenico Sorace, prendendo spunto dai processi di semplificazione amministrativa e, in particolare, dall'adozione dello sportello unico per le imprese. La proposta (decisamente preferibile, lo dico incidentalmente, a certi progetti di legge che vanno a modificare *in più* o *in meno* i gradi del giudizio amministrativo⁴¹) è quella di pensare, utilizzando a fondo l'informatica e la telematica, sulla scorta della digitalizzazione della redazione degli atti processuali, a uno sportello unico per l'accesso al servizio della giustizia, che sposti su una sorta di *back office* la risoluzione di questioni di competenza e giurisdizione⁴².

e) Non sembra probante l'argomento tratto dalla comparazione, perché «la considerazione dei principali sistemi giuridici mostra la progressiva affermazione di un distinto sistema di tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione, anche nei sistemi

di radicata tradizione monistica»⁴³, ma non anche di un distinto giudice⁴⁴. Il che vale per la Spagna, per la Germania e per l'Inghilterra (dove domina il *judicial review*⁴⁵). A difendere con orgoglio il giudice speciale certamente vi è l'esempio della Francia⁴⁶.

f) Riappare talvolta la tesi, sostenuta in passato da autorevoli studiosi, che «le ragioni della specialità [siano] da rinvenire nella necessità di una particolare *forma mentis* che consenta una più penetrante comprensione dei rapporti controversi», contro la quale si è però condivisibilmente osservato che gli incarichi extragiudiziari⁴⁷ e i compiti di amministrazione consultiva, per quanto garantiscano «l'arricchimento dell'esperienza e della formazione professionale del magistrato amministrativo», ne compromettono anche l'indipendenza, impedendo di «escludere in radice l'eventualità di pressioni, interferenze e condizionamenti nell'esercizio delle funzioni»⁴⁸. Del resto, portando alle sue conseguenze la tesi in questione dovrebbe dirsi, non tanto paradossalmente, che il

41. Qualche osservazione in proposito in M. Clarich, *Quello sterile pressing sulla giustizia amministrativa che elude la sfida di far funzionare meglio i processi*, in *Guida al Diritto – Il Sole 24 Ore*, 17 maggio 2014, n. 21.

42. D. Sorace, *Prospettive attuali*, cit.

43. M.P. Chiti, *La giustizia amministrativa serve ancora?*, in *ASTRID – Rassegna*, n. 35 del 2006. In proposito v. anche B. Marchetti, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 74 ss.; D. De Pretis, *La giustizia amministrativa*, in G. Napolitano (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, 283 ss.

44. Che tale non può dirsi il giudice specializzato, come quello spagnolo (come sottolinea A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 6) o quello inglese (nella veste dell'*Administrative Court*: v. E. Balboni, *Qualche idea*, cit, 650). Quanto al giudice amministrativo tedesco, la sua indipendenza non ne autorizza la qualificazione di giudice speciale, determinandone l'appartenenza all'ordine giudiziario (v. R. Bifulco, *La giustizia amministrativa nella Repubblica Federale di Germania*, in G. Recchia (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, Padova, 1996, 291 ss.; G. Montedoro, *Processo economico*, cit; V. Cerulli Irelli, *La giurisdizione amministrativa*, cit); non diversamente da quanto avviene per il giudice civile e penale: come è testimoniato dalla circostanza che non esiste un tribunale dei conflitti.

45. V. E. Balboni, *Qualche idea*, cit, 650. Sul *judicial review* v., tra altri, anche P. Cane, *Judicial Review in the Age of Tribunals*, in *Public Law*, 2009, 479 ss.; sugli *Administrative Tribunals*, sempre tra altri, anche G. Ligugnana, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa inglese: la riforma dei Tribunals*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 432 ss. e M. Macchia, *La riforma degli Administrative Tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 209 ss.

46. Nel sito istituzionale del *Conseil d'Etat* può leggersi che esso assicura il rispetto effettivo del diritto da parte dell'amministrazione pubblica francese come conseguenza della sua doppia funzione, giurisdizionale e consultiva. Secondo E. Balboni, *Qualche idea*, cit, 647, il modello francese « informato al criterio del diritto obiettivo » non si ispirerebbe « a una separazione così netta come avviene in Italia ».

47. Come capi di gabinetto o capi degli uffici legislativi dei ministeri, o come commissari di autorità amministrative indipendenti.

48. Così G. Garofoli, *Unicità della giurisdizione*, cit, 148-150, 160 e 166, cui nondimeno si rinvia per le indicazioni bibliografiche relative agli autori della tesi in discussione.

Anche G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 282 ss., ridimensiona la sua preoccupazione per l'imparzialità del giudice amministrativo, vedendo nei fenomeni che generano continuità o contiguità tra questo giudice e la pubblica amministrazione fattori di *expertise* tecnico-amministrativa dello stesso giudice, affermando tuttavia in modo netto che « il giudice speciale è portato a compenetrarsi maggiormente con le ragioni dell'interesse pubblico e dunque dell'amministrazione ».

Circa la *forma mentis* del giudice amministrativo e il suo modo di ragionare « capace di diluire il dato puramente normativo e fattuale che circonda le fattispecie entro un più ampio quadro di riferimenti storico-culturali che alimentano dall'interno un articolato meccanismo di conversione logico-deduttiva delle genetiche ambivalenze organizzative e funzionali (ritenute capaci di esprimere valori sistematici da immettere nel circuito interpretativo) in polivalenti e (tendenzialmente) inesauribili risorse decisorie » v. G. Comporti, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura*, cit, 782-786.

miglior giudice penale è quello che ha fatto o fa anche il poliziotto⁴⁹.

g) Si sostiene, poi, che il giudice ordinario dia minori garanzie di tutela delle situazioni giuridiche del soggetto privato⁵⁰.

Ne rappresenterebbe una prova l'interpretazione timida o riduttiva da parte di tale giudice della legge di abolizione del contenzioso amministrativo (nel suo allegato E).

Non si considera, tuttavia, che fino al 1877 il Consiglio di Stato, quale organo di risoluzione dei conflitti, negò costantemente la giurisdizione ordinaria nelle controversie di diritto pubblico con la pubblica amministrazione e neppure si valuta a sufficienza il fatto che negli anni immediatamente successivi la Cassazione abbandonò l'incompatibilità tra potere e diritto⁵¹. Soprattutto però non convince l'utilizzazione del metro dell'allora per l'ora⁵², in una lettura della storia sociale e istituzionale italiana all'insegna di una forzata continuità.

Né si può trovare la controprova al momento attuale della *deference* del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione nella diminuzione della tutela dei pubblici impiegati dopo la privatizzazione del rapporto di lavoro⁵³, giacché la (asserita) riduzione di tutela è in ogni caso compensata dai vantaggi che si collegano a una diversa tecnica di tutela, più certa (e prevedibile) in quanto derivante dalla pre-esistenza di diritti soggettivi. Inoltre, il fatto che la tutela nel sistema del pubblico impiego non privatizzato si strutturi diversamente per qualità e quantità dimostra piuttosto che il

sindacato del giudice amministrativo rischia continuamente di andare oltre la tutela in senso proprio (quella che ha per oggetto le situazioni giuridiche soggettive), perché quel giudice tende a individuare i parametri del proprio sindacato a partire dall'interesse pubblico (o dalla funzione), anziché utilizzare le regole di comportamento che derivano dalle norme giuridiche, siano esse determinate oppure indeterminate (ma in ogni caso riempite di significato, utilizzando *standard* di condotta di comune accettabilità)⁵⁴.

In giuoco, insomma, è l'alternativa tra disciplina (e sindacato) del potere e disciplina (e sindacato) del rapporto⁵⁵, dove in entrambi i casi vi sono perdite e guadagni, ma tutti in fondo dipendono dalla prospettiva assunta.

Non si può, però, concludere sul punto senza osservare che il dibattito tutela maggiore/tutela minore risulta, in generale, attraversato da una certa apoditticità e vacuità, essendo per lo più assenti analisi circostanziate e difettando per l'appunto convergenze sulle angolazioni da cui osservare, o anche solo potere osservare, i fenomeni e gli istituti giuridici. Lo dimostra paradossalmente la riflessione sullo stesso processo amministrativo; si pensi solo alle interpretazioni sull'annullabilità non pronunciabile (ai sensi dell'art. 21 *octies*, secondo comma, l. n. 241 del 1990), che la dottrina amministrativistica in larga parte legge come un attentato alla giustizia amministrativa (o alla legalità), eppure ha solo eliminato (o può essere vista avere eliminato⁵⁶) una *iperprotezione* dell'interesse legittimo⁵⁷; oppure si pensi alle lodi tessute all'introduzione dell'azione di adempimento rispet-

49. Così C. Marzuoli - A. Orsi Battaglini, *Unità e pluralità*, cit, 903.

50. V., per esempio, S. Battini, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 47 ss. Ragiona di «una sorta di *trade-off* tra indipendenza e deferenza», per cui «quanto più il giudice è in qualche modo vicino all'amministrazione, quanto più egli si sente autorizzato a rivederne le decisioni e a rispondere direttamente l'interesse pubblico», anche G. Napolitano, *La logica*, cit, 304.

51. Così A. Proto Pisani, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Foro it.*, 2001, IV, 21 ss.

52. Rileva A. Travi, *Per l'unità*, cit, 372, che «la vicenda della soppressione del contenzioso amministrativo non è significativa per capire quali risultati produrrebbe un sistema di giurisdizione unica, oggi, nel Paese».

53. V. *sub* F. Fischione, *Resoconto*, cit

54. In questo senso C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008; C. Marzuoli, recensione a A. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1143 ss.

55. Analizzata con rigore da A. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004.

Sul confronto tra sindacato sul potere pubblico e sindacato sui poteri privati v. anche G. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012.

56. Come si è cercato di dimostrare in L. Ferrara, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. Amm.*, 2008, 103 ss., cui si rinvia anche per indicazioni bibliografiche.

to all'attività vincolata della p.a., quando invece andrebbe o potrebbe essere utilizzato lo schema dell'art. 2932 cc, cioè una sentenza che tiene direttamente luogo dell'atto amministrativo⁵⁸.

Resta ancora da osservare che, pur a non voler dar credito a quanto si è venuti dicendo, andrebbe comunque tenuto presente che «nella prospettiva della giurisdizione unica, il giudice unico deve disporre di strumenti processuali adeguati anche per il contenzioso con l'amministrazione»⁵⁹.

h) Un'altra spiegazione è che il giudice amministrativo sia speciale perché speciale è il diritto amministrativo. Argomento talora ridotto alla «specialità della posizione soggettiva vantata dal privato nel corso del giudizio amministrativo»⁶⁰.

La spiegazione⁶¹ è davvero molto debole, perché «semmai può ammettersi che la specialità del diritto sostanziale giustifichi l'introduzione di giudici specializzati» (o, comunque, di un giudice come quello tedesco, decisamente indipendente⁶²). Vi è, infatti, differenza tra giudice specializzato e giudice speciale⁶³: quest'ultimo «si caratterizza non

per la propria competenza, ma per il proprio stato giuridico, che è diverso da quello dei magistrati ordinari»⁶⁴.

Non si può, tuttavia, tacere che almeno le figure dogmatiche centrali su cui è costruito il diritto amministrativo non sono più, o possono non essere considerate più, espressione di un diritto speciale.

Questo vale, innanzitutto, per l'interesse legittimo, di cui si inizia a riconoscere la struttura del diritto di credito: al bene finale, se il provvedimento amministrativo ha carattere vincolato; all'attribuzione della *chance* legale, se il provvedimento è discrezionale (dove la legittima valutazione della p.a. scioglie le incertezze in cui il legislatore ha lasciato il soggetto privato rispetto a opportunità garantite sulla base di condizioni predeterminate⁶⁵).

Vale anche per l'eccesso di potere e le sue fattispecie sintomatiche, che sono riconducibili a violazione di legge o a violazioni di clausole generali (in ogni caso e sempre a violazioni di regole di condotta)⁶⁶.

Vale nondimeno per il potere amministrativo: il potere (la scelta) unilaterale esiste, ricorre anche in diritto privato, societario, del lavoro, ecc., ma l'eti-

57. Dovrebbe ormai essere chiaro che la logica dell'interesse pubblico, del potere e della funzione condiziona la tutela giurisdizionale in difetto ma anche in eccesso: così C. Marzuoli, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 412 ss.

58. Sia consentito rinviare ancora a L. Ferrara, *Domanda giudiziale*, cit.

59. A. Travi, *Per l'unità*, cit, 380; similmente, C. Marzuoli - A. Orsi Battaglini, *Unità e pluralità*, cit, 910.

60. V. A. Mangia, *Il lento incedere dell'unità della giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2007, 736 ss.

61. Trascurando il fatto che la specialità del diritto amministrativo è assunta come «punto di partenza necessario», mentre dovrebbe invece essere «verificata e dimostrata» (così A. Travi, *Conclusioni*, in G. Piperata - A. Sandulli (a cura di), *Le garanzie delle giurisdizioni*, cit, 144, ma già A. Proto Pisani, *Verso il superamento*, cit, 13 dell'estratto).

62. *Supra* nota 42.

63. Vengono, invece, messi sullo stesso piano da M. Mazzamuto, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo*, cit, 145 (ma dello stesso A. v. anche *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, ove la più ampia illustrazione della tesi della corrispondenza biunivoca tra diritto pubblico e giudice amministrativo).

64. A. Travi, *Conclusioni*, cit, 145, aggiungendo di conseguenza che «il sindacato sul cd potere amministrativo, comunque venga configurato, non può costituire una giustificazione della specialità della giurisdizione».

Difficile seguire il ragionamento di F.S. Marini, *Unità*, cit, il quale, rilevato che «discutibile è [...] che i giudici speciali siano giudici più competenti», che «ciò sembra vero sia per le modalità di selezione, ossia per le materie del concorso, sia perché la specializzazione accresce l'esperienza e le conoscenze nel singolo settore» e che «il Costituente era consapevole di tali vantaggi e allo scopo ha previsto l'introduzione delle sezioni specializzate, che agevolmente possono replicare le condizioni che favoriscono le competenze settoriali», si interroga «sull'opportunità di trasformare in sezioni specializzate del giudice civile il giudice tributario, il Tribunale superiore delle acque pubbliche o il Commissario degli usi civici», ma non anche il giudice amministrativo.

65. *Amplius*, L. Ferrara, *Domanda giudiziale*, cit.

66. *Amplius* C. Cudia, *Funzione amministrativa*, cit, dove anche si riconduce lo sviamento di potere a un difetto della causa del provvedimento amministrativo, che ne determina la nullità.

Non ha pregio, pertanto, l'osservazione secondo cui è «noto come solo nei sistemi dualistici – come è il nostro – il sindacato sugli atti della p.a. possa estendersi al vizio dell'eccesso di potere e comporti l'annullamento e la sospensione dell'atto amministrativo, emettendo sentenze costitutive» (F.S. Marini, *Unità*, cit). Tale osservazione, oltretutto, pretermette ogni domanda su ciò che avviene, per esempio, in Spagna e in Germania.

chetta di “amministrativo” non ne muta la struttura; non trasforma e gonfia la sua forza travalicando l'attribuzione e la disciplina della legge; neppure autorizza a distinguere tra limiti esterni e limiti interni o tra limiti negativi e limiti positivi⁶⁷. Quello che cambia, ed è veramente diverso, è quanto è riconducibile alla dimensione della organizzazione e della responsabilità politica. È evidente che è in giuoco uno dei dibattiti più importanti della scienza del diritto amministrativo, che qui va bruciato in poche battute⁶⁸.

Preme piuttosto rilevare che l'ultimo baluardo della specialità del diritto amministrativo è in realtà rappresentato dal cd terzo. È stato detto, criticando la logica del rapporto obbligatorio applicata alle relazioni autoritative tra pubblica amministrazione e soggetti privati: il terzo «potrebbe non avere diritto al rispetto di certe norme in termini di pretesa alla liceità del comportamento, ma magari avere diritto al rispetto di quelle stesse norme in termini di corretto esercizio della funzione (di corretta cura dell'interesse pubblico)»⁶⁹.

È questo, però, un ordine di idee che, mentre tiene in vita le più risalenti concezioni delle situazioni

giuridiche dei soggetti privati di fronte all'esercizio del potere amministrativo, conserva al processo l'originaria dimensione oggettiva. Sembra, infatti, doversi ragionare lungo questa direttrice: il cd terzo o è inserito in un rapporto, seppure multipolare, che dà diritto a un certo comportamento; o non è parte del rapporto (quindi, è terzo in senso proprio) e ciò nonostante è titolare di un diritto assimilabile a quello cui fanno rinvio le norme del codice civile quando fanno «salvi i diritti dei terzi»; se, poi, non è riconducibile a nessuno di questi due modelli, sembra essere giunto il tempo che sia visto come titolare di un interesse semplice (non di una situazione giuridica soggettiva o di un interesse legittimo), giacché l'interesse alla «corretta cura dell'interesse pubblico» lo ha ogni consociato⁷⁰.

La (supposta) specialità del diritto amministrativo ha anche un altro fronte: quello del processo⁷¹, di cui però si riconosce diffusamente l'avvicinamento a quello civile⁷². La *civilizzazione* del processo amministrativo toglie giustificazione all'esistenza del giudice speciale⁷³. Come è stato osservato, «se si riconosce [...] che il giudizio amministrativo è un processo di parti che ha ad oggetto il rapporto amministra-

67. Perché le regole giuridiche di comportamento sono sempre uguali a se stesse, a prescindere dal destinatario (e dalla loro intensità e quantità), considerato che ogni limite (o vincolo) può essere letto tanto in positivo che in negativo (esemplificando: sii corretto, non essere scorretto; sii imparziale, non essere parziale; persegui quel fine, non perseguire un fine in contrasto con quello) e che una volta rispettata ogni regola giuridica che insiste sull'esercizio del potere sono possibili distinzioni soltanto se queste attengano a un piano diverso da quello relativo alla stessa osservanza della regola. Ammesso anche che possa sostenersi che non esiste il cd merito amministrativo, ovvero uno spazio di deliberazione non coperto dalle regole giuridiche (ma semmai da quelle dell'opportunità e della politica), poiché «il fatto che nel caso concreto siano ammissibili più soluzioni non significa che il diritto è indifferente alla scelta quanto piuttosto che altrettante soluzioni sono giustificate» (M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo*, Pisa, 2013, 164; ma v. anche B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013), dovrebbe parimenti sostenersi che non esiste la libertà o l'autonomia privata.

68. V., in particolare, nei termini di cui al testo, A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss. (ora in Id., *Scritti giuridici*, Milano, 2007, 1211 ss.); Id., recensione a B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, Cedam, 2000, in *Dir. pubbl.*, 2001, 783 ss. (ora in Id., *Scritti giuridici*, cit, 1573 ss.); C. Marzuoli, *Un diritto 'non amministrativo'*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 133 ss.; Id., recensione a A. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa*, cit; L. Ferrara, *Giudice amministrativo e diritto dei privati*, in www.grupposanmartino.it.

69. F. Merloni, *Funzioni amministrative e sindacato giurisdizionale. Una rilettura della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 483 ss.

70. Ha aperto questa direttrice di riflessione S. Civitarese, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, 474 ss.

71. Giustifica la conservazione del modello attuale di giudice amministrativo in virtù delle «tecniche di tutela elaborate» da questo giudice G. Garofoli, *Unicità della giurisdizione*, cit, 159.

72. M. Renna, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civilizzazione"*, in G. Della Cananea - M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Costituzione*, Napoli, 2006, 505 ss.; L. Torchia, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in AA.VV., *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Atti del LVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna - Villa Monastero, 23-25 settembre 2010, Milano, 2011, 337 ss.; M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss.; Id., *Il processo amministrativo a "rito ordinario"*, in www.giustizia-amministrativa.it.

73. Similmente, A. Proto Pisani, *Verso il superamento*, cit, 14 dell'estratto; M. Esposito, *La naturale capacità espansiva della giurisdizione ordinaria*, in *Giur. it.*, 2011, 2668 ss.

tivo, il problema dell'indipendenza ed imparzialità del giudice diventa centrale⁷⁴. Nel momento in cui i piatti della bilancia, che rappresenta figurativamente la giustizia (oggi, più finemente, potremmo dire il giusto processo), scendono e al tempo stesso salgono per un peso che consiste esclusivamente nella legge, è essenziale che la bilancia sia ben tarata.

Insomma, più si avvicina la parità delle situazioni giuridiche soggettive davanti alla legge (parità sostanziale) e negli strumenti di tutela (parità processuale), più si fa vistoso il *deficit* di indipendenza e imparzialità dello *status* del giudice amministrativo⁷⁵.

Restano naturalmente molti aspetti del processo amministrativo che lasciano ancora insoddisfatti (dal punto di vista dell'effettività della tutela). Si potrebbe segnalare che il risarcimento dell'interesse legittimo conta molte affermazioni di principio e poche condanne; che continua a mancare un termine preclusivo che scandisca l'attività difensiva dell'amministrazione intimata⁷⁶; sarebbe possibile andare avanti a lungo. Ma forse vi è un aspetto che merita ricordare più di ogni altro: come può essere effettivo un proces-

so in cui la cognizione non garantisce soddisfazione, perché al suo termine si può essere costretti a tornare dallo stesso giudice della cognizione (secondo la teoria del cd doppio binario)⁷⁷?

i) Non poteva mancare il rilievo che il giudice amministrativo non può essere oggetto di discussioni, perché è stato confermato dal Costituente o dalla Costituzione⁷⁸, perché è un «giudice speciale costituzionalizzato»⁷⁹. Argomento al quale spesso si accompagna quello relativo alle conquiste del giudice amministrativo in termini di effettività della tutela⁸⁰, che ricorda, rinnovandole, le prese di posizione avanzate in sede di dibattito costituente «che si risolvevano nell'apprezzamento per il ruolo svolto in precedenza dalle giurisdizioni amministrative e dal Consiglio di Stato in particolare di cui si sottolineava l'alta qualificazione»⁸¹ o la «prova di grande indipendenza nel contesto problematico della dittatura fascista»⁸².

Si deve in questo caso osservare che la tradizione non è un mostro sacro, non è un feticcio⁸³: nessuno intende mettere in dubbio i meriti storici del Consi-

74. M. Protto, *Le garanzie*, cit, 101. Aveva già osservato D. Sorace, *I giudici di Berlino, le tutele differenziate e l'equo processo*, in D. Sorace (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze, 2009, IX, che «se alle origini una tutela imperfetta poteva essere apprezzata come evoluzione positiva a fronte di una totale assenza di tutela, in un mutato contesto storico-ideologico, la mancata e piena attuazione dell'equo/giusto processo non potrebbe avere giustificazione». Altra questione è se esistano e se debbano esistere «principi specifici del processo amministrativo»: v. in proposito G. Rossi, *Giudice e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1211 ss.

75. Per la dimostrazione dell'alterazione della parità intrinseca del rapporto per effetto di siffatto *deficit* v. in particolar modo A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit, 101 ss.

76. Come ricordato anche da M. Protto, *Le garanzie*, cit, 110.

77. Ho avanzato una soluzione a diritto vigente, da cui discende in modo inevitabile l'accesso al giudizio di esecuzione (di ottemperanza) in *Domanda giudiziale*, cit

78. F.S. Marini, *Unità*, cit.

79. G. Verde, *L'ordinamento giudiziario*, Milano, 2003, 2. Del medesimo A. v. anche *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del costituente*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 343 ss.

80. Afferma, per esempio, F.S. Marini, *Unità*, cit, che «l'opportunità *pratica* del giudice amministrativo rimane quanto mai attuale, perché certamente non è contestabile che si tratti di un giudice altamente qualificato, che ha acquisito negli anni un patrimonio di conoscenze e di sensibilità sui limiti alla discrezionalità della pa». Sostengono che «le esigenze adottate dal Costituente [...] paiono ancora valide, alla luce della prova che i magistrati amministrativi nel complesso stanno dando» M. D'Amico - I. Pellizzone, *La giustizia amministrativa*, cit, 14, ritenendo peraltro «necessario rafforzare le garanzie di indipendenza dei giudici amministrativi, anche alla luce del dettato costituzionale».

81. G. Montedoro, *Processo economico*, cit (ma v. anche E. Follieri, *La giustizia amministrativa nella costituente*, cit, 922 ss., che, peraltro, ritiene che «la pluralità delle giurisdizioni [...] si accorda con il pluralismo sociale»). Sottolinea il ruolo e la rilevanza che ebbe nella circostanza l'apposita Commissione speciale del Consiglio di Stato, nominata il 10 maggio 1946 e presieduta da Meuccio Ruini (pure Presidente del Consiglio di Stato e, come già ricordato, Presidente della cd Commissione dei 75), D. Sorace, *Il ruolo dell'atto*, cit, 104.

82. M. Mazzamuto, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo*, cit, 158.

83. E la trasformazione del giudice speciale in giudice specializzato non è la Rivoluzione contro cui si ergeva E. Burke, *Riflessioni sulla Rivoluzione francese e sulle deliberazioni di alcune società di Londra ad essa relative*, Bologna, 1930, in nome della continuità tra passato e presente.

glio di Stato⁸⁴, ma si deve prendere atto di una sensibilità affinata e diversa, che non tollera che un giudice abbia relazioni con una parte processuale⁸⁵.

Ne è testimonianza l'attenzione portata dal Consiglio d'Europa nella Raccomandazione del 17 novembre 2010 sul principio dell'apparenza con una nettezza e una "oggettivazione" delle garanzie convenzionali⁸⁶, che travalica le indicazioni, pur importanti, provenienti dalla giurisprudenza della Corte Edu⁸⁷. Non basta, dunque, essere indipendenti, si deve apparire tali⁸⁸. Non vi è tutela dei diritti, laddove non vi è la "fiducia" dei cittadini nel sistema giudiziario⁸⁹.

Se questo è vero, non sembrerebbe troppo arduo guardare alla Carta costituzionale, sistematica-

mente interpretata, come a una lungimirante norma programmatica, che postula nel tempo la sua stessa riforma. In tanti, in fondo, hanno notato che in Costituzione ci sono "eccezioni", "ambiguità", "discrasie[e] intern[e]" e "contraddizioni", che ci sono norme e ci sono principi, che ci sono valori "fondanti" e disposizioni in "contrasto" con essi⁹⁰.

Il principio individualistico di cui all'art. 24 Cost.⁹¹; il principio di imparzialità, dopo l'impatto "eversivo" della riforma dell'art. 111⁹²; il principio di uguaglianza e di uniforme interpretazione del diritto (il cui rispetto è tanto più avvertito come indispensabile quanto più trovano applicazione nel diritto amministrativo istituti e paradigmi civilistici)⁹³; questi principi appaiono tutti indicare come obiettivo il rag-

84. Rileva A. Travi, *Per l'unità*, cit, 380-381, che «un giudizio positivo sull'operato del Consiglio di Stato non implica nulla sulla possibilità di realizzare oggi obiettivi migliori attraverso altre modalità di tutela giurisdizionale», aggiungendo che «è difficile capire fino a che punto si voglia rendere omaggio a una vicenda storica, o si voglia invece perpetuare un centro di potere».

85. V., ampiamente, F. Volpe, *Sulle ipotesi di riforma del sistema di giustizia amministrativa*, in corso di pubblicazione. Di una «conaturata incapacità del giudice amministrativo di assicurare una costante terzietà come garanzia di effettiva parità processuale» ragiona N. Saitta, *Un giudice amministrativo veramente "terzo ed imparziale", quindi veramente "giusto"?*, in www.giustamm.it.

86. S. Mirate, *L'indipendenza e l'imparzialità del giudice amministrativo. Un'analisi problematica fra diritto interno e giurisprudenza CEDU*, in G. Piperata - A. Sandulli (a cura di), *Le garanzie delle giurisdizioni*, cit, 67 ss. Circa l'apparenza di imparzialità v. anche N. Zanone - F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2014, 190 ss. (194 ss. in riferimento ai consiglieri di Stato).

87. V., tra altre, Corte Edu 28 aprile 2009 (caso Savino); Corte Edu, III sezione, 3 marzo - 3 giugno 2005 (Brudnicka et a. c. Pologne), dove può leggersi al § 41 che «*in maintaining confidence in the independence and impartiality of a tribunal, appearances may be important*»; Corte Edu, I sezione, 3 febbraio - 3 maggio 2005 (Thaler c. Austria); Corte Edu, Grande Camera, 12 aprile 2006 (Martinie c. France); Corte Edu, III sezione, 9 novembre 2006 - 9 febbraio 2007 (Saciilor Lormines c. France).

Su questa giurisprudenza v. altresì S. Mirate, *Indipendenza*, cit, 78 ss. e S. Lariccia, *Indipendenza*, cit

88. S. Raimondi, *L'ordinamento*, cit, 202.

89. V. S. Lariccia, *Indipendenza*, cit Avverte C. Marzuoli, *Note*, cit, che il «sentire diffuso, che – giusto o sbagliato che possa essere in fatto –, dovrebbe comunque essere soddisfatto, specie quando non compromette valori essenziali o quando – addirittura –, come nel caso in esame, suggerisce quella soluzione che in astratto è - se non l'unica - certo quella sicuramente preferibile», cioè «l'esclusività della funzione».

In termini generali, sull'«importanza della fiducia che si crea a valle da parte dei cittadini nei confronti della giustizia», v. F. Ost, *Le rôle du Juge. Vers de nouvelles loyautés?/Il ruolo del giudice. Verso delle nuove fedeltà?*, in *Rassegna forense*, 2013, 673 ss.

90. V., variamente, G. Silvestri, *Giudici ordinari*, cit, 712; A. Corpaci, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 341 ss.; D. Sorace, *Il ruolo dell'atto*, cit, 106; A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca*, cit, *passim*; A. Travi, *Per l'unità*, cit, 380; Id., *Il Consiglio di Stato fra legislazione e amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 505 ss.; G. Pastori, *Per l'unità*, cit, 923; R. Garofoli, *Unicità della giurisdizione*, cit, 125 ss.; F. Merloni, *Funzioni amministrative*, cit, 500.

91. Che costituisce il "punto logico di partenza" dell'interpretazione sistematica della Costituzione, il quale si lega al principio del giusto processo di cui all'art. 111, in una lettura circolare le cui tappe intermedie sono gli artt. 101, 102, 103 e 113 (sempre Cost.): realizzandosi per tale via la piena corrispondenza tra "giudizio", "giustizia", "funzione giurisdizionale" e "giurisdizione", connotati univocamente dalla tutela individuale, dalla posizione paritaria delle parti, dalla indipendenza, terzietà e imparzialità del giudice (A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca*, cit, 43 ss.).

92. A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca*, cit, 73 ss, G. Campanelli (a cura di), *Indipendenza, imparzialità e responsabilità dei giudici speciali*, Pisa, 2013.

93. A. Proto Pisani, *Verso il superamento*, cit

Anche A. Travi, *Per l'unità*, cit, 387, aveva rilevato «il pericolo che un medesimo diritto sia attuato in termini divergenti da ciascuno dei due giudici». Similmente, A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca*, cit, 35.

giungimento della piena unità della giurisdizione⁹⁴.

La compromissione dell'“immagine” di indipendenza dei consiglieri di Stato in ragione dei rapporti di frequentazione con gli apparati di Governo⁹⁵, per un verso, la necessità di portare ad attuazione fondamentali principi costituzionali, per altro ver-

so, dovrebbero spingere a fare presto⁹⁶, a prevenire il sorgere del sospetto che i magistrati in altri affari affaccendati dipinti da William Hogart nel quadro stampato nella *brochure* di questo Terzo rapporto sulla giustizia civile in Italia possano essere anche i consiglieri di Stato.

94. E quantomeno a rivederne gli aspetti di potenziale violazione riscontrabili già al livello della legislazione ordinaria. Se è indubbio che la Corte costituzionale sia sinora stata un po' timida sul fronte del rispetto dell'indipendenza (così A. Travi, *Conclusioni*, cit, 147-148; S. Battini, *La giustizia amministrativa*, cit; M. D'Amico - I. Pellizzone, *La giustizia amministrativa*, cit, 6-7), non è detto che continui a esserlo: basterebbe considerare che il suo attuale Presidente, pur riconoscendo secondo Costituzione giurisdizioni diverse, ha sostenuto quanto all'indipendenza che la stessa Costituzione «ammette un solo tipo di magistrato» (in un saggio oltretutto antecedente alla riforma dell'art. 111 Cost.: v. G. Silvestri, *Giudici ordinari*, cit; in termini simili, A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca*, cit, 42).

95. A. Travi, *Tre priorità*, cit

96. Si conviene con R. Villata, *Giustizia amministrativa*, cit, che la questione vada fondamentalmente posta *de iure condendo*; lascia, in particolare, perplessi il recente tentativo dottrinale di riconoscere alla Corte di cassazione il controllo di legittimità sulle sentenze del giudice amministrativo, laddove la controversia verta su diritti soggettivi attribuiti alla sua giurisdizione esclusiva (così E. Scoditti, *Ricorribilità in Cassazione per violazione di legge delle sentenze del Consiglio di Stato su diritti soggettivi*, in *Foro it.*, 2014, V, 157 ss.).