

FILIPPO PATRONI GRIFFI
Presidente del Consiglio di Stato

***GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: EVOLUZIONE E PROSPETTIVE NELL'ORDINAMENTO
NAZIONALE E NEL QUADRO EUROPEO***

Lectio Magistralis svolta su *Virtual Learning Environment* – UNIBO
nell'ambito delle attività del Dipartimento di Scienze Giuridiche –
DSG e del Centro di Ricerca e Formazione sul Settore Pubblico
CRIFSP – SPISA (*)
Bologna, 24 novembre 2020

SOMMARIO: 1. Premessa: Stato di diritto e diritto amministrativo nel sistema delle tutele. – 2. Per una “periodizzazione” del sistema delle tutele. – 2.1. Il modello primigenio della giustizia amministrativa e il suo accoglimento nella Costituzione repubblicana. – 2.2. La stagione delle riforme e il codice: un “nuovo” processo amministrativo che sia coerente con i tempi, le esigenze di tutela, le trasformazioni del potere. – 3. Giustizia (amministrativa) e integrazione europea: relazioni “verticali” e “orizzontali” tra le Corti. – 4. Amministrazione digitale, intelligenza artificiale e sindacato giurisdizionale. – 5. Conclusioni.

1. Premessa: Stato di diritto e Stato a diritto amministrativo nel sistema delle tutele

Lo Stato di diritto nasce come evoluzione dello Stato autoritario, in qualche modo lo presuppone. Esso si caratterizza per la soggezione dei pubblici poteri al diritto, nel senso che il potere pone il diritto ma, nel momento in cui lo pone, riconosce la “superiorità” del diritto e vi si assoggetta. La sovranità di cui è espressione il potere di produzione del diritto ha come effetto un’attenuazione della sovranità medesima, che si concretizza nella soggezione del potere al diritto posto e, di conseguenza, al giudice che del rispetto di quel diritto è il garante: da cui ciò che è stata definita, in una visione aggiornata e per certi versi semplificata del principio di separazione dei poteri, la distinzione tra “istituzioni di governo e istituzioni di garanzia”¹. Tale constatazione ha portato alcuni autori a sottolineare che il “diritto preso sul serio” implica la necessità che si riconosca il carattere normativo del diritto

(*) L’evento è stato organizzato dai Professori Carlo Bottari e Luca Mezzetti.

¹ L. Ferrajoli, *Sul futuro dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali*, in *Jura gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2005.

nei confronti di se medesimo e a considerare patologica, oltre una certa misura, la divaricazione “tra il diritto che è e quello che deve essere, tra il diritto come fatto...e il diritto come norma”².

Per “Stato a diritto amministrativo” si intende un sistema in cui le relazioni tra Stato e cittadino sono regolate da un diritto “speciale”.

Lo Stato di diritto non è concettualmente legato allo “Stato a diritto amministrativo”, ma la riflessione sul primo è stata storicamente associata all’idea dello Stato a diritto amministrativo, proprio perché, dal punto di vista storico, lo Stato di diritto è la evoluzione in senso liberale dello Stato assoluto. Quest’ultimo conosceva solo il rapporto di supremazia del pubblico sul privato, del sovrano sull’individuo, ed è proprio riconoscendo valenza giuridica a tale rapporto che un diritto “speciale” rispetto al diritto comune assume autonomia come diritto che si impone al potere e al cittadino, all’amministrazione e all’amministrato. Il merito storico del diritto amministrativo, come dall’Ottocento in poi lo intendiamo, è quello di aver accompagnato la trasformazione dello Stato assoluto in Stato di diritto e di aver trovato uno sbocco in senso liberale alle relazioni tra cittadino e potere, dopo la separazione tra le due grandi famiglie giuridiche europee.

Non è questo il luogo per prendere in considerazione e comparare il diverso sviluppo che assumono le relazioni tra cittadino e potere nel sistema anglosassone e segnatamente in Gran Bretagna³. Più consono alla nostra riflessione odierna è muovere dalla considerazione secondo cui “lo Stato e il diritto pubblico sono dominati dal conflitto Stato-cittadino, due poli irriducibili e in contrasto tra loro”⁴, mentre l’odierna società si rispecchia in una più articolata dialettica tra autorità e libertà, in cui alla garanzia dei diritti contro lo Stato si

² L. Ferrajoli, *ibidem*.

³ Su cui resta illuminante la raccolta di scritti *Cittadino e potere in Inghilterra*, a cura di M.P. Chiti, Milano 1990.

⁴ S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Bari 2002, 75.

accompagnano diritti a prestazioni amministrative e diritti di partecipazione “politica” a decisioni amministrative.

Quello che la dottrina richiamata ha definito un “paradigma bipolare” entra dunque in crisi per una serie di concause, tra le quali sono state individuate la funzione “redistributiva” della stessa attività provvedimentale, che spesso si inserisce in un rapporto tripolare e non semplicemente bipolare, il diffondersi di moduli consensuali nel diritto amministrativo e l’emergere della funzione di regolazione; a queste cause può aggiungersi l’emersione di un modello “negoziato” dello stesso farsi in concreto dell’azione amministrativa, sfruttando le potenzialità insite nel modello procedimentale inteso come contenitore e luogo di composizione degli interessi, da una parte, e il ricorso del legislatore amministrativo a modelli normativi aperti che pongono in crisi il principio tradizionale di legalità sostanziale, dall’altra.

È questo il contesto dell’“arena pubblica”, definito come “lo spazio nel quale si svolgono l’attività pubblica e l’interscambio Stato-società” o altrimenti come “lo spazio sociale nel quale si svolgono dialogo e conflitti e che serve al trasferimento della domanda sociale al corpo politico”⁵.

In tale contesto, la logica e la pratica del *judicial review*, cioè del sindacato giurisdizionale sugli atti dei pubblici poteri, demandata nel nostro sistema al giudice amministrativo –sulla falsariga di ciò che avviene prevalentemente negli altri ordinamenti- si trasformano profondamente. Tale trasformazione, su cui ora ci soffermeremo, riguarda sia le tecniche di sindacato sia il ruolo del giudice e la sua collocazione nel sistema dei poteri. Un dato però sembra costituire il *fil rouge* che lega tali trasformazioni; un comune denominatore che fu alla base della stessa (re)introduzione nel 1889 della giurisdizione amministrativa nel nostro sistema a giurisdizione unica istituito nel 1865: il giudice amministrativo è un giudice che

⁵ S. Cassese, *op. cit.*, 80 s.

essenzialmente tutela diritti, non un giudice che garantisce il controllo sulla legalità amministrativa. Se quest'ultimo fu il fine dichiarato nel dibattito parlamentare che accompagnò la legge Crispi, la centralità della tutela dei diritti (all'epoca dei cd. diritti minori) è presente fin nei discorsi di Minghetti a Napoli e soprattutto di Spaventa a Bergamo; ma, soprattutto, questa concezione si consolida progressivamente nella giurisprudenza della Quarta Sezione (e prima della sua istituzione in quella consultiva sui ricorsi straordinari al re) fino all'attuale formulazione del testo costituzionale, ancor più nella lettura che ne darà la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale⁶. Sicché appropriatamente si è parlato di recente di “tecniche di attuazione dei diritti nel processo amministrativo”⁷.

La centralità della tutela nella storia della nostra giustizia amministrativa mi porta a ritenere utile ragionare – nella prospettiva storica – sulle “tecniche” di attuazione dei diritti e degli interessi nel processo amministrativo in quanto ciò consente di apprezzare concretamente (sul terreno della tutela), i caratteri evolutivi del sistema giuspubblicistico.

Parlare di sistema delle tutele significa però parlare anche, e oggi soprattutto, di processo:

a) Perché il processo garantisce l'attuazione del diritto in caso di contestazione tra soggetti dell'ordinamento: è la strumentalità del processo rispetto alla situazione sostanziale di cui parlava Calamandrei

b) Perché il processo amministrativo è il luogo di risoluzione di quel particolare conflitto tra un soggetto privato e l'amministrazione, cioè tra individuo e potere. È ovviamente il

⁶ Per lo svolgimento analitico di tali considerazioni riassuntive si rinvia, anche per i richiami alla letteratura pertinente, a F. Patroni Griffi, *Una giustizia amministrativa in (perenne) trasformazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2016, 115 ss. Più di recente, F. Merusi, *Incontri pericolosi...Crispi e la nascita della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2019, 13 ss.

⁷ M. Mazzamuto, *Le tecniche di attuazione dei diritti nel processo amministrativo*, in *Giustamm*, 2017 e ora in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di G. Grisi, Napoli 2019, 283 ss. L'Autore osserva (p.284) come “l'ordito giuspubblicistico...abbia realizzato uno straordinario sistema di tutela di gran lunga più garantista di quanto il cittadino potrebbe mai ottenere con il regime civilistico” e richiama Gaston Jèze che, già nel 1929, vedeva nella giustizia amministrativa “l'arma più efficace, più economica e più pratica per difendere le libertà individuali” (*Les libertés individuelles*, in *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, 180).

luogo dove si risolvono anche le controversie tra amministrazioni, ma questo è il riflesso, più recente, della pluralità e della complessità degli ordinamenti moderni.

2. Per una “periodizzazione” del sistema delle tutele

Mi pare utile prendere le mosse dalla seguente periodizzazione.

2.1. Il modello primigenio della giustizia amministrativa e il suo accoglimento nella Costituzione repubblicana

a1) la legge del 1865: due i capisaldi che concorrono alla definizione della giurisdizione unica nella legge del 1865: la tutela dei diritti va affidata al solo giudice esistente, cioè il giudice ordinario (il giudice del contenzioso è un non giudice perché non è indipendente); la divisione dei poteri impone che tutto ciò che è non-diritto sia riservato all'amministrazione e al suo sistema interno di tutela, che fa capo al “ministro-giudice”. In altre parole, la legge, nel deferire al giudice ordinario i diritti soggettivi (“diritto civile o politico”), pone una regola fondamentale di “riparto”, ovviamente “rivolta” al solo giudice ordinario (che in realtà si poneva come unico giudice) nei suoi rapporti con l'amministrazione (art.1).

Si determina un “vuoto di tutela” che sarà alla base del ritorno alla doppia giurisdizione perché:

1) restano sforniti di tutela i non-diritti (es. nel settore del commercio, sottoposto a licenza di pubblica sicurezza, nei concorsi pubblici) e il giudice ordinario fu anche molto timido nell'assicurare tutela, fornendo un'interpretazione restrittiva della legge del 1865, che si tradusse in un ampliamento dell'area riservata all'amministrazione.

Si avvia così un'evoluzione verso un sistema plurale di giurisdizione, imposto da un'esigenza di tutela di posizioni soggettive che faticavano a ricevere adeguata tutela nei

sistemi a giurisdizione unica: forse – come rileva il Sordi⁸ – per “le intrinseche difficoltà dei sistemi di giurisdizione unica nell’adeguarsi compiutamente al crescere delle esigenze di tutela [nate dalla] specialità amministrativa”, mentre i sistemi a doppia giurisdizione si dimostrano maggiormente capaci ad adattarsi al mutevole atteggiarsi del potere pubblico, per tener dietro sia alla *puissance* ottocentesca, sia al *service* novecentesco.

2) la situazione era aggravata dalla contestuale espansione di pubblici poteri, nel settore dell’intervento nell’economia (costruzione di grandi infrastrutture, ferrovie, nazionalizzazioni) e del *welfare*.

Emblematica è la posizione di Silvio Spaventa, che denuncia il limite di fondo, sul piano dell’assetto istituzionale e politico, della legge del 1865; questa lascia vuoti di tutela in un momento in cui, *come è giusto che sia*, i rapporti di diritto pubblico sono in espansione per l’incrementarsi dell’attività amministrativa dello Stato moderno.

a2) la legge del 1889 e l’istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, per la tutela dei non-diritti: si determina così una “singolare inversione logica: prima venne individuato un nuovo rimedio esperibile contro i provvedimenti amministrativi illegittimi; solo in un secondo momento si costruì una situazione giuridica soggettiva ad esso correlata”⁹. Dal processo nasce l’interesse tutelato.

Quindi se vogliamo sintetizzare le caratteristiche del processo amministrativo fino alla Costituzione, possiamo schematicamente dire:

1) La chiave di volta della nascita in Italia del sistema di doppia giurisdizione nel 1889 sta non tanto nella reintroduzione in sé del giudice amministrativo, quanto piuttosto nella trasformazione del giudice del contenzioso, pensato nella logica interna all’apparato

⁸ B. Sordi, *Uno sguardo all’Europa: il legislatore del 1889 di fronte ai modelli continentali di giustizia amministrativa*, in *Studi per il centenario della Quarta Sezione*, I, Roma 1989, 173 ss., spec. 190 ss.

⁹ M. Clarich, *Azione di annullamento, Commento all’art. 29 c.p.a.*, in *Commentario al c.p.a.*, a cura di A. Quaranta e V. Lopilato, Milano 2010, rinvenibile su www.giustizia-amministrativa.it.

amministrativo, in un giudice indipendente a garanzia dei diritti e degli interessi dei privati nei confronti del potere pubblico.

2) Il sistema di giustizia amministrativa ri-nasce con una motivazione, e una conseguente connotazione, che potremmo ben definire “rimediale”, cioè volta a individuare rimedi di ordine tecnico-processuale per la garanzia di posizioni individuali prive di tutela¹⁰.

In questo periodo viene a formarsi quella giurisprudenza del Consiglio di Stato che, con il concorso della dottrina, sviluppa la nozione di interesse legittimo, ne definisce le caratteristiche in origine marcatamente processuali, sviluppa la figura dell’eccesso di potere: dà vita cioè al sistema di tutela del cittadino contro gli atti dei pubblici poteri in un ordinamento che, pur conservando l’autoritatività del provvedimento, individua una progressiva emersione di interessi tutelati a fronte di ogni manifestazione di potere.

3) È un processo con forti connotati di giurisdizione oggettiva, in cui la tutela del privato sorge in occasione dell’esercizio del potere e con finalità di controllo del suo corretto esercizio conformemente al principio di legalità: struttura impugnatoria, accesso al fatto mediato dal provvedimento, sindacato tenue sulla discrezionalità spesso riportata al merito (In realtà tutto questo è vero più sulla carta che nella pratica giurisprudenziale: travisamento del fatto, vizi della motivazione, attenzione al fatto per negare l’applicazione di un principio di diritto a quel fatto sono evidenze dell’accesso del giudice al fatto).

In definitiva, possiamo dire che il modello di giustizia amministrativa del 1889 era pensato come sistema di azioni tipiche, si reputava che il giudice conoscesse del rapporto tra amministrazione e cittadino solo attraverso lo “schermo” del problema di validità dell’atto amministrativo, la sentenza non approdava alla risoluzione in modo positivo e sostanziale del conflitto bensì si arrestava all’accertamento parentetico del profilo “estrinseco”

¹⁰ Per lo sviluppo di tali considerazioni si consenta il rinvio a F. Patroni Griffi, *Pubblici poteri e tutele nel codice del processo amministrativo*, in *Scritti in onore di G. Palma*, III, Torino 2012, 2131 ss. (rinvenibile con contenuto sostanzialmente analogo in www.giustizia-amministrativa.it, sotto il titolo: *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*).

dell'atto, in altri termini a verificare la legittimità dell'assetto di interessi come definito nel provvedimento: il giudizio "prosequiva" dal procedimento.

Corollari di questo modello processuale erano anche: i) il divieto di motivazione postuma; ii) la non operatività del principio del dedotto e del deducibile; iii) la configurazione in chiave provvedimento anche dei comportamenti; iv) l'inesauribilità del potere.

L'ordinamento processuale amministrativo si è poi progressivamente affrancato dal paradigma del mero accertamento giuridico di validità dell'atto in funzione caducatoria, in relazione soprattutto agli emergenti interessi pretensivi: il giudice, nell'accertare l'invalidità dell'atto e le ragioni che la provocano, stabilisce qual è il corretto modo di esercizio del potere e fissa la regola alla quale l'amministrazione si deve attenere nella sua attività futura. Accanto all'effetto demolitorio della sentenza, la giurisprudenza individua anche quello conformativo e ripristinatorio. Quanto più la sentenza è in grado di costituire un vincolo per l'autorità, tanto più l'azione amministrativa successiva alla sentenza rappresenta non la manifestazione di un potere "proprio" quanto la mera attuazione del *dictum* giudiziale.

Se non che, anche quando il contenuto ordinatorio della sentenza di accoglimento (di per sé variabile in relazione al tipo di vizio riscontrato e al "tratto" di potere portato in giudizio) consentiva un'ampia definizione della fattispecie sostanziale (giungendo, talvolta, finanche a prefigurarne l'assetto finale), la "regola implicita, elastica, incompleta" della pronuncia sarebbe potuta divenire titolo idoneo in concreto a statuire tempi e modi per adempiere all'obbligo soltanto "progressivamente" nella successiva sede del giudizio di ottemperanza. Ciò presentava il grave inconveniente di dilatare sensibilmente i tempi di definizione giudiziale della vicenda: difatti, ammessa la possibilità per l'amministrazione di reiterare più volte una stessa pronuncia muovendosi negli interstizi lasciati liberi dalla sentenza, la legittima aspirazione del cittadino a vedersi compiutamente soddisfatto l'interesse sostanziale doveva scontare l'introduzione di un indefinito numero di giudizi di cognizione.

a3) la giustizia amministrativa nella Costituzione: sul piano formale non cambia molto, ma muta la prospettiva, perché l'impianto immutato del sistema di giustizia va collocato nella nuova cornice costituzionale.

Muta la collocazione del giudice amministrativo nel sistema delle tutele e si assiste alla progressiva e tendenziale perdita di centralità del provvedimento amministrativo (sul piano sostanziale) e del carattere impugnatorio del processo: il giudice amministrativo acquista una posizione di centralità "ordinaria" nel sistema delle tutele verso i pubblici poteri. Trova realizzazione l'idea del giudice amministrativo – per dirla con Mario Nigro – come "giudice ordinario degli interessi legittimi", che porta alla configurazione della giustizia amministrativa come "sistema generale di giustizia, con riferimento all'esercizio del potere pubblico".

I due punti che precedono hanno come punto di caduta la trasformazione, anch'essa progressiva e tendenziale, dell'interesse legittimo in posizione "piena" attraverso la quale si rende visibile il bene della vita.

La riprova della "nuova" lettura della Costituzione riguardo al sistema di giustizia amministrativa si rinviene nella giurisprudenza costituzionale. Le sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006 riconoscono la parità delle situazioni tutelate (diritto e interesse) cui deve corrispondere la parità dei giudici e delle tutele da loro offerte. Il giudice amministrativo è dunque il "giudice naturale dell'esercizio della funzione pubblica", che deve poter garantire una tutela piena ed effettiva della situazione soggettiva; la pienezza di tutela implica che egli deve poter disporre di tutti i mezzi di tutela conosciuti dall'ordinamento, ivi compreso il risarcimento del danno che così, nell'ottica della Corte, viene visto non come un diritto autonomo e astratto ma come un "rimedio", cioè come uno dei possibili strumenti di reintegrazione della posizione soggettiva lesa.

2.2. La stagione delle riforme e il codice: un “nuovo” processo amministrativo che sia coerente con i tempi, le esigenze di tutela, le trasformazioni del potere.

b1) L’itinerario verso il codice del processo: prima dell’entrata in vigore del codice del processo, vanno citati almeno i seguenti sviluppi.

Sul piano sostanziale abbiamo: la progressiva conformazione del potere pubblico non più in termini di agire unilaterale e isolato, quanto di relazione giuridica informata ai principi di partecipazione trasparente e aperta (in ipotesi) finanche alla negoziazione degli interessi coinvolti; l’art. 10-bis della legge sul procedimento, che, imponendo alla p.a. di preavvisare il privato di tutti i possibili motivi di reiezione dell’istanza, ha consentito al processo di giovare della estensione del contraddittorio procedimentale a tutti i profili della disciplina del rapporto; la nuova idea di legalità di risultato e l’attenuazione dei profili di autoritatività del potere correlata all’influenza in senso paritario sul diritto amministrativo del diritto comunitario;

Sul piano processuale: la tendenza di fondo è consistita focalizzare l’accertamento, per successive approssimazioni, sull’intera vicenda di potere, coinvolgendo nel sindacato giurisdizionale il riesercizio del potere, la cognizione del fatto, la valutazione della discrezionalità tecnica.

Senza dubbio, spetta al codice del processo amministrativo il merito di avere abbandonato definitivamente ogni residuo della concezione oggettiva del giudizio amministrativo di annullamento come strumento di controllo dell’azione amministrativa, e di aver consolidato lo spostamento dell’oggetto del giudizio amministrativo dall’atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, al rapporto regolato dal medesimo, al fine di scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata, sempre che non vi si frapponga l’ostacolo dato

dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione (così l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 23 marzo 2011 n. 3).

I principali dispositivi tecnici della nuova giustizia amministrativa possono essere così compendati.

i) *Il codice prefigura un sistema aperto di tutele e non di azioni tipiche.* – Il rimedio è conformato non sul tipo di situazione soggettiva ma sul tipo di bisogno di garanzia che l'interesse protetto reclama, il cui grado e intensità è spesso definito *ex post* dal giudice e non *ex ante*. È questo il corollario di un dato sostanziale: diversamente dal diritto civile, il diritto amministrativo sostanziale non seleziona gli interessi, ma demanda all'azione amministrativa, sia pure sottoponendola ad una serie di condizioni, l'individuazione e la scelta dell'interesse che deve prevalere nel caso concreto. E lo stesso avviene sul piano processuale, in relazione al quale potrebbe dirsi, in ultima analisi, che l'interesse si giuridicizza attraverso la tutela; prima viene l'interesse e conseguentemente la sua tutela.

ii) *Rapporti tra cognizione ed esecuzione.* – La nuova “visione” del processo sta, anche, nell'aver radicato tra le attribuzioni del giudice della cognizione il potere, una volta spendibile solo nella successiva sede dell'ottemperanza, di disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, ivi compresa la nomina di un commissario ad acta (art. 34 comma 1 lettera e). La previsione, con tutta evidenza, consente di esplicitare “a priori”, ovvero nel dispositivo della sentenza, gli effetti conformativi e ripristinatori da cui discende la regola del rapporto, e non più “a posteriori”, in sede di scrutinio della condotta tenuta dall'amministrazione dopo la sentenza di annullamento; ne consegue la possibilità di concentrare in un solo episodio giurisdizionale tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza. Le misure attuative, talvolta, saranno limitate alla sola definizione dei modi di riesercizio del potere.

b2) il ruolo del giudice amministrativo: dal giudice ordinario dell'interesse legittimo (Nigro) al giudice naturale della funzione pubblica (Corte costituzionale), ovverosia il giudice dell'amministrazione che agisca in veste di autorità, il giudice amministrativo si avvia a diventare "il solo giudice dell'amministrazione in caso di connessione con l'esercizio del potere".

Si delinea, finalmente, un assetto, avviato dalla sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale, in cui la giurisdizione amministrativa, configurata come giurisdizione ordinaria sugli interessi legittimi, si qualifica come giurisdizione sui pubblici poteri, o giurisdizione dell'illegittimo esercizio del potere pubblico: il giudice amministrativo assicura una tutela piena, per cognizione e strumenti di tutela, in tutte quelle ipotesi in cui in cui l'amministrazione agisca, anche indirettamente, come autorità e quindi la posizione del privato sia qualificabile come interesse legittimo.

b3) evoluzione del potere ed evoluzione del ruolo del giudice amministrativo: il giudice amministrativo è il giudice del potere pubblico. E siccome il potere, in questa dinamica, muta e si trasforma, le tutele devono essere adeguate a tali cambiamenti.

In una società in cui è sempre più richiesta l'intermediazione del potere pubblico – dalle funzioni regolatorie nell'economia e nel governo del territorio e dell'ambiente, alle prestazioni sociali in materia di salute, istruzione, assistenza – gli "amministrati" non si accontentano più di "difendersi" dal potere, ma reclamano da questo *prestazioni* all'insegna della trasparenza, dell'efficienza e dell'equità.

In questo mutato contesto i pubblici poteri si trasformano e, di conseguenza, cambiano i loro rapporti con i privati. Il ruolo del giudice segue questa evoluzione; egli si fa garante del "diritto" dei singoli componenti della comunità a vedersi non solo salvaguardata la propria sfera individuale, ma anche riconosciute quelle pretese a prestazioni amministrative che

costituiscono il cuore dei “nuovi diritti” da tempo definiti – fin dal Manifesto di Gurvitch del 1946 – “diritti sociali”, cioè diritti delle persone in quanto appartenenti a una comunità solidale, che costituiscono la misura concreta dei diritti riconosciuti dalle Costituzioni.

I luoghi di realizzazione di questi nuovi diritti sono il procedimento e il processo amministrativo e questo spiega il continuo “andirivieni” (*Zurückverweisung*) tra procedimento e processo.

Nel procedimento, luogo di incontro tra interessi pubblici e tra questi e gli interessi dei privati, l’interesse pubblico in concreto perseguito “si fa” nella dinamica del confronto e del tendenziale componimento delle posizioni. Il valore della trasparenza, riferito al procedimento, serve proprio a far emergere questa dinamica, a renderla conoscibile agli interessati e ai terzi.

La garanzia della correttezza delle scelte compiute nel procedimento è il compito della giurisdizione amministrativa e del relativo processo. Questo serve a garantire proprio che quella relazione di preminenza tra amministrazione e cittadini, di “sovraordinazione” si sarebbe detto una volta, si svolga alle condizioni previste dalla legge.

Nel processo le posizioni delle parti – a differenza che nel procedimento – diventano pari.

b4) L’evoluzione del sindacato giurisdizionale nel processo: dal sindacato “estrinseco” sulla legittimità del provvedimento alla cognizione “piena” del rapporto e della discrezionalità tecnica: in primo luogo, la cognizione piena sul rapporto. Il giudice che non conosca direttamente il “fatto”, senza l’intermediazione del provvedimento, non è un giudice. Ma la cognizione, nel nuovo processo, non solo concerne la piena conoscenza del fatto, ma estende il controllo di legittimità alla discrezionalità tecnica. In virtù di ciò, in settori tradizionali (per esempio, quello dei beni culturali o dei concorsi universitari, mentre resiste quello degli esami di abilitazione) o di più recente rilevanza (soprattutto quello delle sanzioni e della

regolazione economica, sia pure con accenti che devono restare differenti), l'area del "merito" amministrativo resta confinata alla scelta vera e propria, mentre il giudice valuta se la scelta effettuata in concreto sia quella dotata di "maggiore attendibilità" e non semplicemente quella comunque riconducibile al novero delle opzioni possibili. Con il solo ovvio limite della sostituzione di una propria scelta a quella amministrativa.

È chiaro che questo principio riuscirà ad affermarsi se i giudici amministrativi saranno particolarmente sensibili alle evenienze in fatto del processo e la Corte di cassazione saprà distinguere, in sede di controllo sui limiti cd. esterni della giurisdizione amministrativa, tra area riservata al merito amministrativo e sindacato pieno ed effettivo sulla legittimità dell'azione amministrativa.

b5) inesauribilità del potere e riduzione della discrezionalità: Il dibattito sulle forme di tutela azionabili nel caso in cui l'amministrazione reiteri con uguale risultato negativo gli esiti di una selezione tecnica già annullati dal giudice amministrativo è risalente.

La sentenza dell'Adunanza plenaria n. 2 del 15 gennaio 2013 fa ancora salva la sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione nella riedizione del potere, demandando al giudizio di cognizione il sindacato sul nuovo atto sotto profili non esaminati nel giudicato da eseguire.

In tempi recenti sono state formulate – in giurisprudenza come in dottrina – svariate proposte "operative" ispirate ai principi di effettività della tutela giurisdizionale e di ragionevole durata del processo, al fine di riconoscere al giudicato amministrativo l'effetto di cristallizzare situazioni giuridiche in grado di resistere alla riedizione del potere amministrativo.

Recentemente il Consiglio di Stato (con la sentenza n. 1321 del 2019) è tornata ancora una volta sulla questione se, dopo l'accertamento giurisdizionale della illegittimità di un diniego

su di una istanza, l'amministrazione possa negare nuovamente al ricorrente il bene della vita a cui il ricorrente aspira in base ad accertamenti o valutazioni che sarebbero potuti essere già compiuti nell'originario procedimento amministrativo, cioè se ne consegua il vincolo conformativo di accordare la richiesta del cittadino.

Pur nel rispetto delle citate statuizioni dell'Adunanza plenaria, il Collegio ha ricercato un punto più avanzato di equilibrio, ritenendo che non sia accettabile che la crisi di cooperazione tra amministrazione e cittadino possa risolversi in una defatigante alternanza tra procedimento e processo, senza che sia possibile addivenire ad una definizione positiva del conflitto, con grave dispendio di risorse pubbliche e private.

Si è osservato che:

1) è vero che l'art. 31, comma 3, del c.p.a., consente la definizione dell'intero rapporto sostanziale soltanto quando si tratti di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di discrezionalità;

2) è altresì vero che l'art. 34, comma 2, del c.p.a. – alla cui stregua il giudice non può pronunciarsi «con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati» (art. 34, comma 2) – non consente domande di tutela preventiva dell'interesse legittimo, dirette cioè ad orientare l'azione futura dell'amministrazione, prima che questa abbia ancora provveduto.

Pur tuttavia, si è detto, gli auto-vincoli discendenti dal dipanarsi dell'azione amministrativa e i meccanismi giudiziari, sollecitando l'amministrazione resistente a compiere ogni valutazione rimanente sulla materia controversa, consentono di focalizzare l'accertamento, attraverso successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere concentrando in un solo episodio giurisdizionale tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza.

In conclusione –secondo la citata sentenza- la consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto della insanabile “frattura” del rapporto di fiducia tra Amministrazione e

cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri. In presenza di una evenienza siffatta, resta precluso all'amministrazione di tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti dell'amministrato anche in relazione ai profili non ancora esaminati.

Riguardo a tale costruzione ermeneutica, la Corte di Cassazione (con sentenza n. 18592 del 2020 che ha confermato la citata sentenza del Consiglio di Stato n. 1321 del 2019) ha escluso la configurabilità del vizio di eccesso di potere giurisdizionale, rimarcando come «il sistema della giustizia amministrativa deve dimostrarsi in grado di approntare un rimedio adeguato al bisogno di tutela, rendendo concretamente tangibile l'evoluzione della giustizia amministrativa da strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa a giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali, come delineata dal suddetto nuovo codice del processo amministrativo».

Va segnalato come alla medesima esigenza di tutela sia ispirata anche la recente modifica introdotta dalla lettera e) dell'art. 12 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, che ha sostituito il terzo e quarto periodo del comma 1 dell'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, con i seguenti: *«la comunicazione di cui al primo periodo sospende i termini di conclusione dei procedimenti, che ricominciano a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni o, in mancanza delle stesse, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni. In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il*

suo potere, l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato».

Innestata all'interno del procedimento amministrativo, la regola dello *one shot* obbliga la P.A. ad esplicitare sin dall'adozione del primo provvedimento sfavorevole tutti gli elementi ostativi emergenti dall'istruttoria compiuta, potendo il secondo diniego, adottato in sede di riesercizio del potere, essere motivato soltanto sulla scorta di elementi fino ad allora non emersi nel corso dell'istruttoria e non anche di elementi noti e non esplicitati¹¹.

La giurisprudenza dovrà farsi carico di precisare tutte le implicazioni della predetta disposizione all'interno del sistema processuale amministrativo.

3. Giustizia (amministrativa) e integrazione europea.

È stata sottolineata da più parti¹² l'importanza, oltre che delle Assemblee legislative, dei giuristi, e in particolare dell'Accademia e delle Corti, cui aggiungerei il Foro, nella costruzione "di quello che sarà il diritto europeo nel XXI secolo" e, quindi, nel processo di integrazione giuridica europea. Muovendo dal piano dei diritti, le Corti finiscono per creare un patrimonio di valori e di principi che, nella misura in cui siano condivisi, fungono da collante tra le istituzioni e tra queste e i popoli europei allo scopo di creare un popolo d'Europa garantito da un grado omogeneo di tutele e assistito da una cittadinanza europea declinata in concreto; non quindi (solo) sul piano delle costituzioni, quanto piuttosto sul piano dei diritti in concreto, dei "diritti in azione", cioè della concreta regolamentazione dei

¹¹ Secondo la Relazione di accompagnamento, la disposizione "è finalizzata a evitare che l'annullamento conseguente al mancato accoglimento delle osservazioni del privato a seguito della predetta comunicazione dia luogo a plurime reiterazioni dello stesso esito sfavorevole con motivazioni sempre diverse, tutte ostantive, parcellizzando anche il processo amministrativo; in sostanza si vuole cercare di ricondurre a un'unica impugnazione giurisdizionale l'intera vicenda sostanziale evitando che la parte sia costretta a proporre tanti ricorsi quante sono le ragioni del diniego, perché non comunicate tutte nel medesimo atto".

¹² R.C. Van Canaeghem, *I sistemi giuridici europei*, Bologna 2003.

rapporti tra soggetti –individui, imprese, collettività- e poteri pubblici, nazionali ed europei: cioè sul piano di quella che definiremmo la democrazia amministrativa¹³.

A tal fine, la visuale offerta dalla giustizia amministrativa risulta particolarmente appropriata: come è stato da tempo rilevato, è in atto il paradosso per cui il diritto europeo esercita una influenza sempre maggiore proprio sui diritti amministrativi nazionali – o nei settori al primo in qualche modo collegati, quali il diritto della concorrenza – in cui pur assume maggiore rilevanza l'esercizio della sovranità nazionale; paradosso peraltro solo apparente ove si consideri che lo spazio europeo è organizzato in una comunità di Stati e tende a una forma di Stato, confederata o federale o “altra” che sia, che non può dismettere a sua volta il requisito della sovranità; in più, i rapporti regolati dalle istituzioni europee attengono alle relazioni tra autorità e cittadini, generalmente regolamentati a livello nazionale dal diritto amministrativo o comunque da regimi giuridici differenziati rispetto al diritto comune, oramai anche negli ordinamenti di marca anglosassone.

All'origine dell'Unione europea vi è la volontà politica di svincolare economia e scambi dai territori nazionali. Però, i trattati istitutivi, nella loro evoluzione, non si sono limitati a disciplinare una relazione commerciale tra territori sovrani, ma hanno creato un nuovo spazio giuridico, che si è fatto “ordine” giuridico anche attraverso il ruolo dei giudici.

L'accordo tra Stati ha determinato l'integrazione economica, ma è l'attività giudiziaria ad avere lentamente forgiato il sistema giuridico, edificando in modo incrementale un diritto “composito” (con molteplici componenti nazionali e due componenti sovranazionali) ed una cultura giuridica comune.

¹³ È stato peraltro di recente sottolineato come “l'ordinamento europeo appaia ormai corredato (quantomeno) di un nucleo di norme ontologicamente costituzionali”: così A. Ciancio, *Perché un diritto costituzionale europeo?*, in *Federalismi*, n. 11/2019, spec. 3.

Di questa cultura giuridica, e *in primis* giudiziaria, *in progress*, possiamo cogliere alcuni settori centrali di convergenza, pur nella presenza di elementi di criticità, tutto sommato marginali rispetto al processo di avvicinamento.

Noi oggi possiamo affermare la centralità del diritto giurisprudenziale, e conseguentemente del ruolo delle Corti, nella costruzione di un ordinamento tendenzialmente comune (o almeno convergente tra) i Paesi membri dell'Unione europea, che, in quanto tale, possa assurgere alla dignità di ordinamento giuridico europeo¹⁴.

Questo diritto è fatto di “relazioni”, prima ancora che di “codici”; di rapporti *in fieri* prima che di *ius positum*.

Le relazioni verticali tra Corti nazionali e Corti europee sono provviste di veicoli di integrazione e presentano criticità.

Il campo principale di convergenza mi sembra costituito dai principi generali e dalla tutela dei diritti fondamentali.

Infatti, il contributo “costituzionale” dei giudici al processo di integrazione europea può essere individuato soprattutto nella tessitura di uno *ius commune* attuata attraverso un fitto reticolo di principi generali che non si sovrappongono bensì si affiancano ai diritti nazionali, secondo una logica di integrazione ed assimilazione, che si riversa in particolare nella tematica dei diritti fondamentali.

Nel processo di integrazione europea, il dato di fondo sul piano giuridico mi sembra invero costituito dal tessuto connettivo offerto dai principi generali, i quali, intuitivamente, favoriscono un dialogo tra Corti e quindi tra sistemi giuridici più agevole di quanto non consenta il raffronto tra discipline positive nazionali.

È stata ovviamente la giurisprudenza della Corte europea a costituire il “luogo” istituzionale di elaborazione dei principi generali: sia di quelli “strutturali” – relativi ai rapporti tra

¹⁴ Cfr. scritto citato alla nota 2.

l'Unione e gli ordinamenti degli Stati membri: leale collaborazione, competenza, supremazia del diritto UE, effetto diretto, effetto utile, autonomia organizzativa e procedurale degli Stati membri –, sia di quelli caratterizzanti l'azione delle istituzioni europee – *rule of law*, tutela dei diritti fondamentali, uguaglianza e non discriminazione, buona amministrazione, proporzionalità, tutela affidamento e certezza del diritto, protezione giurisdizionale effettiva – per riprendere in questa sede una delle classificazioni più accreditate dei principi generali¹⁵. I giudici nazionali sono poi chiamati a consolidarne l'applicazione nel caso concreto. E nell'ordinamento nazionale –ma in realtà negli ordinamenti di tutti degli Stati membri –le Corti sempre più conducono il loro sindacato sui pubblici poteri, a tutela delle situazioni soggettive, facendo uso dei principi di ragionevolezza, affidamento, certezza delle situazioni soggettive, e, soprattutto, proporzionalità.

Le criticità nel dialogo verticale discendono dalla difficoltà di conciliare la primazia del diritto europeo con l'autonomia procedurale degli Stati membri e, in alcuni casi, con gli stessi “valori fondanti” collegati a specificità nazionali; difficoltà di conciliazione che non trova adeguata e proficua risposta col mero richiamo alla teoria dei controlimiti, specie se declinata in chiave conflittuale. In realtà, la criticità di fondo trae origine dalla frammentazione della *governance* giudiziaria, nel cui ambito Corti nazionali e Corti sovranazionali, ma talvolta anche Corti nazionali tra loro, inevitabilmente entrano in competizione perché esercitano la loro giurisdizione tra gli stessi soggetti, nello stesso spazio, utilizzando un diritto sempre più comune.

Le “relazioni orizzontali” sono costituite dal dialogo diretto delle Corti nazionali con le Corti nazionali di altri Paesi. Si è parlato al riguardo di uno “Stato di diritto in rete”¹⁶, cioè

¹⁵ Cfr. G. Falcon, *Qualche sottolineatura in tema di principi generali del diritto dell'unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2017, 363 ss.

¹⁶ D. Piana, *Lo Stato di diritto in rete. Il dialogo orizzontali delle corti fra modelli e prassi*. Relazione al primo Congresso nazionale della Magistratura amministrativa, Roma 2019, in www.giustizia-amministrativa.it.

di una rete di Corti nazionali, emblema tipico dello Stato di diritto, caratterizzata da un dialogo “cooperativo” che dà luogo a “un insieme di garanzie che travalicano i confini nazionali e che pur tuttavia dentro a quei confini sono inverte grazie all’azione puntuale delle magistrature nazionali”, grazie all’azione di quello che metaforicamente è stato definito “un giudice tessitore”¹⁷, capace di costituire “ponti e dialoghi fra norma che non sono fra loro né sistematizzate, né sistematizzabili”¹⁸, dando vita una “Global Community of Courts”¹⁹.

La finalità ultima del dialogo orizzontale è la maggiore uniformità possibile delle modalità di protezione e di tutela dei diritti dei singoli e delle imprese nei loro rapporti con il potere pubblico, al fine di evitare che il solo fatto di azionarli in uno Stato membro piuttosto che in un altro porti ad una diversità dei livelli di tutela di situazioni giuridiche tra loro omogenee. Migliorare e promuovere il valore e l'esperienza del dialogo orizzontale all'interno dei Tribunali nazionali vuol dire creare un linguaggio comune di garanzie per i cittadini europei rispetto ai poteri pubblici.

4. Amministrazione digitale, intelligenza artificiale e sindacato giurisdizionale

È possibile poco più di un cenno all’attuale dibattito, non solo tra giuristi, sull’evoluzione incessante dei rapporti tra innovazione tecnologica e pubblici poteri: si va dall’uso della telematica nell’accesso ai servizi pubblici al dibattito sulla reingegnerizzazione delle procedure, dalle banche dati delle amministrazioni, in dialogo tra loro e aperte ai cittadini, fino alla decisione amministrativa robotica (o robotizzata) fondata sul ricorso ad algoritmi.

I vantaggi, soprattutto in procedure seriali o ad alto tasso di vincolatezza, dell’applicazione

¹⁷ M. Vogliotti, *Production du droit en réseau et juge “tisseur”*. De quelques épiphanies de l'expérience juridique médiévale au sein de la justice pénale internationale, in *Les sources du droit international pénal*, a cura di M. Delmas-Marty, E. Fronza, E. Lambert-Abdelgawad, Paris 2004, 361 ss.

¹⁸ D. Piana, *op. cit.*

¹⁹ A.-M. Slaughter, *A Global Community of Courts*, in *Harvard International Law Journal*, 2003, 191 ss.

delle tecnologie alle decisioni amministrative sono evidenti, in termini di speditezza dell'azione e, sotto certi profili, anche dell'imparzialità. Ma è indispensabile assicurare, a monte del processo decisionale, trasparenza dei dati e conoscibilità dell'algoritmo –il che vuol dire un esercizio “partecipato” della funzione nelle sue nuove modalità di esercizio- e, a valle, un sindacato giurisdizionale che viva l'intermediazione del provvedimento (*rectius*: del procedimento) in modo del tutto nuovo²⁰. E sono queste le criticità sul piano giurisdizionale della decisione amministrativa robotica.

Sul piano del processo, l'emergenza Covid ci ha catapultato in una nuova dimensione del diritto in genere.

E il nostro processo non è rimasto certo estraneo a questa contingenza emergenziale, mostrandosi, a mio avviso, idoneo ad adattarsi, senza dubbio però grazie al supporto della telematica.

I giudizi amministrativi stanno affrontando questo percorso con indubbie criticità, ma dobbiamo riconoscere, credo, che, se finalmente usciremo da questo tunnel, alla cui fine abbiamo sempre intravisto la luce, sarà grazie a tre fattori: la flessibilità delle nostre regole processuali, la telematica, il fattore umano, intendendo per questo la capacità, e talvolta la mera volontà, di adattarsi alla realtà di un processo con spiccati connotati...virtuali. E ciò da parte dei magistrati e del personale tecnico e amministrativo, ma anche grazie alla collaborazione con il Foro che si è instaurata sin dall'inizio di tale processo.

5. Conclusioni

Per usare una formula sintetica, la mia impressione è che quella della giustizia amministrativa sia una storia di continuità in perenne trasformazione. In realtà il giudice

²⁰ Sviluppo questi concetti in *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *Decisione robotica*, a cura di A. Carleo, Bologna 2019, 165 ss. Il volume, che nasce da un convegno tenutosi all'Accademia dei Lincei il 5 luglio 2018, contiene interessanti saggi interdisciplinari sulla decisione robotica in ambito negoziale e giudiziale.

dell'amministrazione è sopravvissuto a mutamenti storici radicali, non solo in Italia, proprio per questa sua capacità di adattarsi alle esigenze di tutela, mutevoli sul piano ideologico e sul versante storico. Se proprio si vuole cogliere un elemento di continuità nella storia nostra e in quella degli altri ordinamenti dell'Europa, pur diversificati tra loro, è proprio questo: la costante attenzione a coniugare la tutela dei diritti e la garanzia del bene collettivo nell'esercizio del potere pubblico, quest'ultima contro l'arroganza del potere ma anche contro l'invasività degli interessi di parte.

Stare al passo coi tempi, a mio avviso, significa saper adattare le categorie concettuali alle esigenze della realtà, evitare –per dirla con Borges- di aver letto tanti libri ma non saper nulla della realtà.

Il diritto regola la realtà, e in questo ha una sua ragion d'essere. Categorie concettuali consolidate, che hanno fatto in positivo la storia del diritto amministrativo, vanno forse ripensate. Forse questo ripensamento dovrebbe riguardare –e ciò sta accadendo già- categorie anche di teoria generale, quali le figure del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo. La loro centralità nel sistema delle tutele sembrerebbe ovvia. Ma la configurazione concettuale che ne ha dato la scienza giuridica è probabilmente inadatta ai tempi, e ancor più è inadatta la loro trasposizione sul piano processuale come criterio di riparto.

La scienza giuridica ha il compito questa volta di guidare la giurisprudenza. I giudici devono guardare al sistema processuale nell'ottica delle tutele, anzi che del riparto. I giudici amministrativi devono continuare a porsi come garanti del cittadino e della legittimità del potere; perché tutto questo credo sia nella logica dello Stato a diritto amministrativo, e anzi del moderno Stato di diritto *tout court*.