

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso
da Magistratura democratica

La giurisdizione plurale:
giudici e potere amministrativo

2021

1

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

Direttore

Nello Rossi

Vice Direttori

Vincenza (Ezia) Maccora, Rita Sanlorenzo

Comitato di redazione

Maria Acierno, Silvia Albano, Giovanni Armone, Giuseppe Battarino, Marco Bignami, Francesco Buffa, Giuseppe Cascini, Giulio Cataldi, Stefano Celentano, Maria Giuliana Civinini, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Mariarosaria Guglielmi, Daniele Mercadante, Gualtiero Michelini, Luca Minniti, Piergiorgio Morosini, Ilario Nasso, Andrea Natale, Luigi Orsi, Marco Patarnello, Carla Ponterio, Gaetano Ruta, Giuseppe Salmè, Enrico Scoditti, Simone Spina, Anna Luisa Terzi, Glauco Zaccardi, Giovanni (Ciccio) Zaccaro.

Comitato scientifico

Perfecto Andrés Ibáñez, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Maurizio Converso, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Massimo Donini, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Simone Gaboriau, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Glauco Giostra, Francesco Macario, Vittorio Manes, Luigi Marini, Federico Martelloni, Luca Masera, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Mauro Palma, Livio Pepino, Marco Pivetti, Roberto Romboli, Vincenzo (Enzo) Roppo, Renato Rordorf, Alessandro Simoni.

Segreteria di redazione

Mosè Carrara

Service editoriale

Guaraldi S.r.l. (Via Macanno 38B - 47923 Rimini)

QUESTIONE GIUSTIZIA - Rivista trimestrale è una pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura democratica, codice fiscale 97013890583
ISSN 1972-5531

direttore editoriale:	Nello Rossi
sede:	c/o Associazione Nazionale Magistrati, Palazzo di Giustizia - Piazza Cavour 00193 - Roma
segreteria di redazione:	Mosè Carrara
indirizzo di posta elettronica:	redazione@questionegiustizia.it
sito web:	www.questionegiustizia.it
service provider:	Aruba

I trimestre 2021 - chiuso in redazione in maggio 2021

Sommario

Editoriale di <i>Nello Rossi</i>	5
<hr/> La giurisdizione plurale: giudici e potere amministrativo <hr/>	
Introduzione di <i>Enrico Scoditti</i>	8
Il giudice amministrativo fra passato e futuro	
Il giudice amministrativo come risorsa di <i>Giancarlo Montedoro ed Enrico Scoditti</i>	11
Contributo al dibattito sul giudice amministrativo come risorsa di <i>Filippo Patroni Griffi</i>	19
Il giudice amministrativo come risorsa? di <i>Aldo Travi</i>	26
La giustizia amministrativa italiana: una risorsa di qualità tra criticità e nuove prospettive di <i>Marco Lipari</i>	29
La “risorsa” del giudice amministrativo di <i>Maria Alessandra Sandulli</i>	38
Per un giudice amministrativo veramente speciale di <i>Marcello Maria Fracanzani</i>	50
Il giudice amministrativo come risorsa o come problema? di <i>Leonardo Ferrara</i>	58
C’era una volta un re. Postilla a «Il giudice amministrativo come risorsa», di G. Montedoro ed E. Scoditti di <i>Giorgio Costantino</i>	63

Unità o pluralità di giurisdizioni?

Per una concezione “non proprietaria” della giurisdizione
di *Luciano Violante* 69

Riflessioni sul tema del pluralismo delle giurisdizioni
di *Luigi Rovelli* 71

**Il ragno e la tela: note a margine di uno scritto
di Scoditti e Montedoro sulla pluralità delle giurisdizioni**
di *Renato Rordorf* 82

Pluralismo giurisdizionale e situazioni soggettive sostanziali
di *Margherita Ramajoli* 86

Qualche riflessione su pluralità delle giurisdizioni e nomofilachia
di *Antonello Cosentino* 96

Pluralità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele
di *Antonio Scarpa* 102

Questioni di rapporto fra giurisdizioni

Ricostituzione della fiducia e dialogo fra le giurisdizioni
di *Alessandro Pajno* 105

**Nomofilachia ed evoluzione giuridica.
Corti supreme, legalità e riassetamenti post-globalizzazione**
di *Maria Rosaria Ferrarese* 114

Riflessioni sparse sul dualismo giurisdizionale non paritario
di *Marcello Clarich* 121

**L'invasione della sfera del legislatore come eccesso di potere
giurisdizionale: una sintetica ricognizione e taluni spunti di riflessione**
di *Enzo Vincenti* 127

**Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa:
la trappola della tutela risarcitoria**
di *Fabio Francario* 133

La maionese impazzita delle giurisdizioni
di *Antonio Lamorgese* 143

**Modelli di responsabilità della pubblica amministrazione
e riparto di giurisdizione**
di *Vincenzo Lopilato* 151

Quale giudizio amministrativo

**Giustizia amministrativa e logica del diritto amministrativo
(anche alla luce della pandemia)**
di *Giulio Napolitano* 159

Vertice giudiziario, funzione nomofilattica e modello processuale di <i>Dario Simeoli</i>	172
La dimensione soggettiva della giurisdizione amministrativa tra Corte costituzionale e Corte di giustizia dell'Unione europea di <i>Lucia Gizzi</i>	183
Il punto di vista dei diritti fondamentali	
Spigolature su riparto di giurisdizione e diritti fondamentali di <i>Alberto Giusti</i>	195
I diritti fondamentali nel pluralismo delle giurisdizioni di <i>Elisa Scotti</i>	202
Giudice amministrativo e giurisdizione esclusiva sui diritti fondamentali: il caso del sostegno scolastico ai disabili e i dubbi sul criterio di riparto di giurisdizione seguito dalla Cassazione di <i>Riccardo Giani</i>	209
Quale controllo del potere amministrativo	
Attualità e qualità della giustizia amministrativa tra trasformazioni del potere pubblico e strumentazioni processuali di <i>Giuseppe Severini</i>	218
Noterelle sparse su giudice amministrativo e pubblico potere di <i>Marco Bignami</i>	221
L'azione amministrativa e il suo sindacato: brevi riflessioni, in un'epoca di algoritmi e crisi di <i>Diana-Urania Galetta</i>	225
Il possibile contributo della giurisprudenza per una pubblica amministrazione all'altezza del cd. <i>Recovery Fund</i> di <i>Lucia Tria</i>	232
Il controllo giurisdizionale delle misure di contrasto all'epidemia Covid-19 in Francia di <i>Jacques Ziller</i>	241
Appendice	
La pretesa di giustizia del diritto: a partire da un recente saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi di <i>Enrico Scoditti</i>	251
Gli autori	

Introduzione

di *Enrico Scoditti*

Dopo circa sei anni la Rivista Trimestrale di *Questione giustizia* torna al tema del giudice amministrativo. La prospettiva adottata dal fascicolo n. 3 del 2015 era quella dell'unitarietà della giurisdizione, coerentemente del resto alla tradizione di questa rivista, da sempre attenta all'unitarietà quale valore da perseguire. Questa volta l'impostazione del fascicolo è più problematica, perché apre alla discussione sulle diverse prospettive, sulla base della sollecitazione proveniente dallo scritto a quattro mani che per l'occasione viene ripubblicato all'inizio del numero. Gli interventi che seguono, raccolti con il contributo competente ed esperto di Giancarlo Montedoro, mirano a evidenziare i diversi punti di vista che vengono in gioco. Il fascicolo, in realtà, va oltre il dilemma "unità o pluralità" delle giurisdizioni e tenta di fornire una visione di più largo spettro sul giudice amministrativo.

Sulla questione dell'unitarietà delle giurisdizioni, il dibattito non è riducibile a due posizioni, i favorevoli e i contrari, perché vi sono una serie di graduazioni derivanti dalla circostanza che in gioco non c'è solo una tradizione secolare, ma anche e soprattutto l'assetto costituzionale. Un punto deve, tuttavia, essere chiaro: la giustificazione della conservazione della pluralità delle giurisdizioni non può riposare sull'eredità della storia. La giustizia amministrativa è sorta nel 1889, con l'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato quale organo giurisdizionale, per la tutela dei "diritti minori" di fronte al privilegio, conferito all'amministrazione, di modificare unilateralmente le situazioni soggettive dei privati, facendo valere le proprie pretese senza una previa verifica giudiziale (cd. imperatività del provvedimento amministrativo). Gli organi di giustizia amministrativa entrano nella Costituzione con questo marchio di origine. Il pluralismo di giurisdizioni, se deve oggi essere mantenuto, va emancipato da quella genesi storica e va iscritto nel costituzionalismo contemporaneo, la cui cifra è quella del pluralismo istituzionale. Il potere contemporaneo non è solo democratico, è anche

plurale, e tale pluralismo si proietta sull'intero spettro dell'organizzazione istituzionale, e dunque anche sugli apparati della giurisdizione. Si può anzi dire che è il pluralismo, oggi, il vero precipitato del costituzionalismo liberale che dette i natali alla quarta sezione del Consiglio di Stato.

Proprio l'iscrizione nel costituzionalismo contemporaneo del pluralismo giurisdizionale comporta, poi, la necessità della piena costituzionalizzazione dell'ordinamento della magistratura amministrativa, con il conseguimento degli *standard* di autonomia e indipendenza che la Costituzione prefigura all'art. 104 per la magistratura ordinaria. Inoltre, il punto di vista del pluralismo istituzionale, quale chiave del pluralismo delle giurisdizioni, non lascia insensibili gli altri soggetti del pluralismo, e in particolare la Corte di cassazione. In un quadro pluralistico non può non essere preso alla lettera il settimo comma dell'art. 111 della Costituzione, nel quale la Cassazione viene a costituire un soggetto ulteriore, e quindi terzo, rispetto agli organi giurisdizionali ordinari e speciali. La norma costituzionale individua qui il momento di ricomposizione del sistema pluralistico, identificando la Cassazione come funzione e non plesso giurisdizionale, quale Corte che svolge, a differenza degli altri organi giurisdizionali anche di vertice, un sindacato di pura legittimità. L'identificazione dell'organo in base alla funzione, che è quella di giudice degli atti giurisdizionali, spoglia la Cassazione, limitatamente alla regola generale del settimo comma (e all'eccezione contemplata dal comma successivo), della sua natura di giudice ordinario. Sono molte le conseguenze che potrebbero ricavarci da questa conclusione. Di certo va superata la vecchia tesi che spiega l'assegnazione alla Corte di cassazione del compito di giudice del riparto di giurisdizione con l'argomento della riserva, alla giurisdizione ordinaria, del compito in discorso perché il giudizio sulla giurisdizione sarebbe un giudizio sui limiti dei diritti soggettivi. Non c'è solo l'equordinazione di diritti soggetti e interessi legittimi nel sistema costituzionale (art. 24, comma 1), entrambi

proiezione più o meno intensa di diritti fondamentali alla stessa maniera, a imporre il superamento di tale tesi, ma anche la terzietà della Cassazione, adottando una visione pluralistica, rispetto al tronco della giustizia ordinaria da cui proviene.

Spostando il quadro all'interno della giurisdizione amministrativa, non può sfuggire il profondo cambiamento che da qualche tempo è in corso. Il riferimento non è qui solo al mutamento del volto costituzionale del giudice amministrativo, ormai giudice che ha cognizione dei diritti soggettivi nel larghissimo fronte della giurisdizione esclusiva, anche laddove siano in gioco direttamente diritti fondamentali, ma anche all'evoluzione della logica del giudizio amministrativo, «da strumento di garanzia della legalità dell'azione amministrativa a giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali» (Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321), secondo un *topos* ormai largamente diffuso. Eppure, ancora fino a pochi anni fa l'adunanza plenaria, limitando la portata del principio dispositivo, riconosceva che sullo sfondo del processo amministrativo restava l'interesse generale dell'intera collettività «ad una corretta gestione della cosa pubblica» (Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5). Forse l'evoluzione della giustizia amministrativa non si è ancora compiuta, e il passaggio dall'ottica oggettiva del controllo della legalità dell'azione amministrativa a quella soggettiva della tutela della pretesa sostanziale del privato è soltanto uno *step* verso uno stadio ulteriore. Fra la concezione oggettiva del giudizio amministrativo e quella soggettiva può farsi spazio infatti una terza concezione, quella della «tutela della giustizia nell'amministrazione» (art. 100 Cost.). Spinge in questa direzione l'utilizzo sempre più diffuso del principio di proporzionalità quale canone di controllo dell'esercizio del potere autoritativo (da ultimo, ad esempio, Cons. Stato, sez. VI, 24 marzo 2020, n. 2061). Giustizia nell'amministrazione è *giusta* proporzione nel rapporto a somma zero che ricorre fra l'interesse pubblico e quello privato. Anche l'amministrazione, con l'adozione del provvedimento, produce diritto e incrementa l'ordinamento giuridico. Alla produzione giuridica è immanente la pretesa di giustizia (su cui si veda il contributo di chi scrive in appendice a questo fascicolo). Compito del giudice amministrativo è accertare se quella pretesa sia stata soddisfatta. Si tratta di una chiave di lettura che non corrisponde né alla mera garanzia della legalità dell'azione amministrativa, né alla semplice tutela della pretesa sostanziale, isolatamente prese. Piuttosto, la giustizia nell'amministrazione sembra ricomprendere, all'interno di una visione unitaria, sia la dimensione oggettiva che quella soggettiva del giudizio amministrativo.

L'attenzione alla concezione di fondo è importante, perché la giustizia amministrativa si trova in un momento delicato sul piano identitario. Due visioni sembrano essere in campo.

Da una parte, la tendenza all'inquadramento dell'esercizio del potere amministrativo nelle maglie del diritto comune attraverso l'estensione del canone civilistico della buona fede anche all'attività autoritativa (in questa direzione Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5 e, più di recente, Cons. Stato, sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237), tendenza che è riemersa nel deferimento da parte del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana all'adunanza plenaria della questione della natura della responsabilità della pubblica amministrazione per violazione degli interessi legittimi. La questione è stata sollevata con una chiara opzione in favore della responsabilità contrattuale cd. da contatto sociale. Una tendenza di questo tipo lascia aperto il seguente interrogativo: come conciliare l'utilizzo delle categorie del diritto civile con la deroga al diritto comune che si compie mediante l'esercizio del potere attribuito dalla norma?

Dall'altra parte, la visione tradizionale riemersa nella recente risposta che è pervenuta dall'adunanza plenaria al Consiglio di giustizia amministrativa (Cons. Stato, ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7): l'asimmetria di posizioni che caratterizza l'esercizio unilaterale del potere nell'interesse pubblico è incompatibile con l'obbligazione di diritto civile e dunque la responsabilità è da illecito aquiliano, che prescinde dalla previa esistenza di un rapporto obbligatorio.

La giustizia amministrativa è probabilmente ad un bivio: spingere nella direzione della civilizzazione del potere amministrativo oppure puntare a una combinazione di modernità e tradizione. La via della civilizzazione, se seguita in modo rigoroso, può sollevare una questione d'identità e di senso della giustizia amministrativa. Scegliere il secondo corno dell'alternativa implica tenere insieme la modernità di un giudice amministrativo ormai garante dei diritti fondamentali nelle materie di giurisdizione esclusiva con la tradizione di un controllo giurisdizionale la cui maggiore incisività rispetto al diritto comune paritario si coglie «sotto il profilo della valutazione dell'effettiva funzionalizzazione dell'attività, che implica, tra l'altro, anche la considerazione dei motivi che spingono l'azione della pubblica amministrazione» (Cons. Stato, sez. IV, 3 maggio 2011, n. 2618). L'interesse legittimo, quale svolgimento rovesciato del potere, resta di quest'ultimo ancora un formidabile punto di vista critico.

Il diritto amministrativo, a differenza del diritto comune, che è il diritto degli eguali (salvo discipline speciali come quelle dei rapporti di lavoro o dei rapporti di consumo), presuppone l'asimmetria di

potere fra amministrazione e privato ed appresta gli strumenti necessari per la tutela rispetto all'esercizio sproporzionato del potere. Il giudice amministrativo è il giudice di un rapporto di potere, non di una relazione fra eguali, quale quella che viene in rilievo quando l'amministrazione segue moduli convenzionali – art. 11 della legge n. 241/ 1990, che non a caso richiama (ma solo «in quanto compatibili») i principi del codice civile. La buona fede che l'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo menziona, quale forma del rapporto fra cittadino e pubblica amministrazione unitamente alla collaborazione, corrisponde non alla regola di diritto civile, ma a un principio generale dell'ordinamento che ha la funzione, al pari della collaborazione, di modellare l'esercizio del potere. Dato il principio di autonomia privata, il giudice ordinario non tutela la giustizia nel contratto, salvi i casi previsti dall'ordinamento (come la lesione *ultra dimidium* del contratto concluso con approfittamento dell'altrui stato di bisogno o l'eccessiva onerosità sopravvenuta), benché la questione dei margini di intervento giudiziale sul negozio in funzione di riequilibrio delle prestazioni sia oggi ampiamente dibattuta. Viceversa il giudice amministrativo, stante l'asimmetria di potere fra amministrazione e privato, è organo «di tutela della giustizia nell'amministrazione» (art. 100 Cost.), con possibilità quindi di penetrazione nel merito in una misura che al giudice dei diritti soggettivi non è consentita. L'asimmetria di potere non si ricompone con un diritto paritario ma, come insegna la vicenda ultracinquantennale del diritto del lavoro, mediante un diritto diseguale che assuma e faccia propria quell'asimmetria. Il vecchio e blasonato interesse legittimo ha dunque ancora molto da dirci.

Avviamoci alla conclusione. In uno degli scritti di questo fascicolo si fa valere una concezione non proprietaria della giurisdizione. È un monito diretto ai soggetti del pluralismo giurisdizionale affinché non si concepiscano come proprietari della giurisdizione.

Si può forse allargare l'orizzonte dell'esortazione e chiedere alla giurisdizione nel suo complesso di non sentirsi proprietaria del diritto. Intercettiamo a questa altezza la sfida del tempo che verrà dopo la pandemia.

Il Covid-19 ha realizzato una nuova unificazione del genere umano. Sembra qui avverarsi la profezia di Giacomo Leopardi nello *Zibaldone* e poi, soprattutto, nella *Ginestra*: ciò che può ricomporre e unificare l'umanità divisa è l'odio verso una natura nemica e vera origine dell'infelicità. Contro «l'empia natura» è data oggi la possibilità di una nuova «social catena». Mai come nella seconda metà del Novecento l'Europa ha vissuto l'esperienza della socializzazione dell'infelicità. Il diritto ha rappresentato l'anello essenziale di questa nuova socialità. L'ingresso in una Costituzione, come quella italiana, del conflitto sociale (attraverso la porta dell'art. 3 capoverso), muta radicalmente il volto del diritto. Grazie alla moderna Costituzione, il giuridico non è più solo garanzia dell'ordine oggettivo dei rapporti affidata alla giurisdizione, ma è anche veicolo di trasformazione sociale, affidata ai disegni del legislatore. La potenza del diritto si dispiega non solo dal punto di vista passivo della preservazione delle situazioni soggettive, ma anche da quello attivo dell'instaurazione di nuovi ordini sociali. Il diritto è ad un tempo limite e dispiegamento della forza: è questa la *felix culpa* del costituzionalismo democratico novecentesco. Nell'immaginario collettivo degli ultimi decenni è cresciuta l'immagine del giudice tutore dei diritti. A questa immagine ha corrisposto un progresso irrinunciabile della civiltà del diritto e vi corrisponde inoltre l'esigenza sempre viva e inestinguibile della garanzia dei diritti. È bene, però, che quell'immagine oggi non monopolizzi l'intero campo dell'esperienza giuridica, che abbandoni un certo titanismo che talvolta l'ha accompagnata e che lasci spazio al ritorno finalmente della grande politica, produttrice di diritto in grado di ridisegnare una società a misura di Costituzione.

Il giudice amministrativo come risorsa*

di Giancarlo Montedoro ed Enrico Scoditti

Il pluralismo delle giurisdizioni è oggi, dopo una lunga vicenda storica, espressione del volto pluralistico del costituzionalismo contemporaneo: gli Autori delineano il quadro dei mutamenti intervenuti nella giurisdizione amministrativa e quello delle prospettive future, nel contesto del rapporto giurisprudenziale e istituzionale con la Corte di cassazione e con lo sguardo al più vasto orizzonte storico che il post-pandemia prepara.

1. Una premessa storica / 2. Pluralismo delle giurisdizioni e costituzionalismo contemporaneo / 3. Argomenti per un nuovo “concordato giurisprudenziale” / 4. Il capitolo dell’ordinamento della magistratura amministrativa / 5. Il nuovo scenario del sindacato sul potere amministrativo / 6. Una comune cultura della giurisdizione per le magistrature

1. Una premessa storica

Il passaggio pandemico acuisce contraddizioni sociali ed evidenzia debolezze della struttura dello Stato italiano che non sono nate ieri.

Si impone quindi una riflessione aggiornata sullo Stato sociale italiano, sui suoi punti di forza e sulle sue fragilità, che, per quanto riguarda chi svolge funzioni giudiziarie, inevitabilmente finisce con l’intrecciarsi nuovamente con il tema della struttura pluralistica del sistema giurisdizionale disegnata dalla Carta fondamentale e fonte di un risalente e, forse, ormai superato dibattito fra i fautori dell’unità della giurisdizione (segnatamente, nell’accademia, soprattutto la scuola fiorentina) e i sostenitori della ricchezza di un modello non monista che avrebbe le sue ragioni nello Stato sociale pluriclasse.

Forse sarebbe l’ora di concentrare lo sforzo teorico su una visione della giurisdizione amministrativa

come risorsa dello Stato italiano, che spetta anche alla Corte di cassazione valorizzare e opportunamente definire nell’esercizio del sindacato di cui all’art. 111, ultimo comma, Cost.

Per tracciare le coordinate di una problematica come questa occorre tuttavia fare un po’ di storia a partire dalla nascita del Consiglio di Stato, organo preunitario rivelatosi capace di molti adattamenti, dall’originaria funzione politica di Consiglio del Re all’attuale configurazione di organo tecnico di natura giurisdizionale. La nascita del Consiglio di Stato va riportata quindi, più che ad antichi istituti di giustizia ritenuta del sovrano, legati alle istituzioni francesi e introdotti in Italia dal modello napoleonico, alla sua natura di Consiglio del Re.

Per comprendere invece la nascita della giurisdizione amministrativa, rileva in particolare il dibattito preunitario sull’essenzialità dell’amministrazione dalla giurisdizione tipica dei ducati di Modena e del

* L’articolo è stato pubblicato, quale apertura della discussione sul tema di questo fascicolo, su questa *Rivista online*, nella sezione *Leggi e istituzioni*, l’11 dicembre 2020 – www.questionegiustizia.it/articolo/il-giudice-amministrativo-come-risorsa.

Lombardo-Veneto, sul sistema della giurisdizione unica adottato nel Granducato di Toscana, e sul sistema del contenzioso amministrativo del Ducato di Parma, del Regno delle due Sicilie, del Piemonte e dello Stato Pontificio. Un dibattito incentrato sul rapporto fra giudici e amministrazione.

Sappiamo che in un primo momento prevalse il sistema della giurisdizione unica, fortemente voluto dai liberali (Minghetti, Peruzzi e Mancini), sulle diverse opzioni tese al perfezionamento del contenzioso amministrativo o alla creazione di una Corte suprema del contenzioso amministrativo. La legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, tuttora vigente e detta appunto legge abolitrice del contenzioso amministrativo, 1) abolì i tribunali speciali del contenzioso amministrativo; 2) decise di devolvere al giudice ordinario tutte le materie nelle quali si facesse questione di un diritto civile o politico, comunque potesse essere interessata la pubblica amministrazione, ancorché fossero emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa; 3) attribuì alle autorità amministrative gli affari non compresi, ossia le questioni non inerenti un diritto civile o politico per una definizione in contraddittorio con gli interessati; 4) in caso di contestazione su un atto amministrativo, limitò il potere del tribunale di conoscere tale atto solo in relazione agli effetti prodotti nel concreto giudizio; 5) demandò all'autorità amministrativa il potere di revoca o annullamento degli atti in relazione all'esigenza di conformarsi al giudicato dei tribunali ordinari; 6) fece obbligo al giudice ordinario di applicare al caso controverso solo gli atti amministrativi e i regolamenti conformi a legge.

Il sistema tutelava solo i diritti perfetti, rimanevano senza tutela giurisdizionale gli "affari non compresi". L'ingerenza dei partiti nelle attività amministrative determinò la denuncia di Silvio Spaventa, fatta a Bergamo nel 1880, con il discorso «La giustizia nell'amministrazione», tradizionalmente considerato atto fondativo della giurisdizione amministrativa. A questa denuncia seguì la legge 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della quarta sezione del Consiglio di Stato: è qui che il Consiglio di Stato, ormai tecnicizzato per la nascita della monarchia costituzionale, incontra la giurisdizione. Originariamente non vista come un vero e proprio organo giurisdizionale, la quarta sezione viene poi invece considerata un giudice, avente potere di «decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o enti morali o giuridici quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria (...)». La legge 7 marzo 1907, n. 62 consacrò la natura giurisdizionale della quarta sezione e istituì la

quinta sezione, che aveva competenza estesa al merito amministrativo. Il d.lgs 5 maggio 1948, n. 642 istituì la sesta sezione del Consiglio di Stato: ormai tutte le sezioni avevano competenze identiche.

Al momento dell'entrata in vigore della Costituzione, la giurisdizione nelle cause in cui fosse parte una pubblica amministrazione era divisa fra giurisdizione su diritti spettante all'autorità giudiziaria ordinaria e giurisdizione sugli interessi spettante al giudice amministrativo. Per materie tassativamente indicate, delle quali l'unica di rilievo era la materia del pubblico impiego, la giurisdizione del giudice amministrativo era estesa ai diritti, avendosi la cosiddetta giurisdizione esclusiva.

La Costituzione repubblicana ha attribuito rilevanza costituzionale alla distinzione fra diritti e interessi (artt. 24, 103 e 113 Cost.); ha concentrato la tutela degli interessi legittimi nel Consiglio di Stato (art. 103 Cost.) e, in primo grado, negli organi di giustizia amministrativa istituiti (dalla legge statale) nelle Regioni (tribunali amministrativi regionali – art. 125 Cost.); ha garantito l'indipendenza del Consiglio di Stato e dei suoi componenti nei confronti del Governo (art. 100 Cost.); ha previsto che le norme su ogni magistratura siano disposte con legge, assicurando l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali (art. 108 Cost.), e ha chiuso il sistema ponendo il divieto di istituzione di giudici speciali (art. 102 Cost.). Non ha previsto la revisione del Consiglio di Stato, a differenza di altri organi speciali di giurisdizione (disp. VI finale e transitoria).

L'evoluzione degli organi della giustizia amministrativa nella storia repubblicana è poi coincisa con la vicenda della straordinaria dilatazione della giurisdizione esclusiva, in parallelo all'affermazione della responsabilità della pubblica amministrazione per violazione di interessi legittimi pretensivi, inaugurata da Cass., sez. unite, n. 500 del 1999, seguita dalla devoluzione della giurisdizione su tale rimedio al giudice amministrativo, sul presupposto che si tratti di una forma di tutela dell'interesse legittimo, eventuale e residuale, anche se autonomamente azionabile, a partire dal codice del processo amministrativo.

2. Pluralismo delle giurisdizioni e costituzionalismo contemporaneo

Molti sono i problemi rimasti aperti in questa turbolenta evoluzione.

Innanzitutto le ragioni della presenza del giudice amministrativo, originariamente contestata da Calamandrei, si sono fatte più chiare e ormai storicamente indiscutibili: è un giudice posto a tutela, nel medesimo tempo, dell'autonomia e della legalità dell'amministrazione (intesa come tutela soggettiva, jheringiana,

liberale, che richiede un soggetto attivo che reagisca contro il provvedimento amministrativo), è un giudice che troviamo in buona parte dell'Europa continentale (sia pure con criteri diversi di riparto) e anche ormai nei Paesi anglosassoni, stante l'evoluzione degli *administrative tribunals* britannici. Questo richiederebbe un passo in avanti nell'analisi, passando da una prospettiva radicalmente critica del modello di pluralità di giurisdizioni a un punto di vista costruttivo che, muovendo dal modello costituzionale, veda il giudice amministrativo come una risorsa.

L'art. 24, comma 1, Cost. («Tutti possono agire in giudizio per la tutela di propri diritti e interessi legittimi»), quale vera *grundnorm* del sistema giurisdizionale, introduce la piena equiordinazione di diritti soggettivi e interessi legittimi. Tale equiordinazione fonda quella dei sistemi di tutela, altrimenti l'una posizione soggettiva sarebbe in una condizione peggiore rispetto all'altra. Non c'è alcuna gerarchia fra diritti e interessi perché entrambi non sono altro che tecniche apprestate dall'ordinamento per la tutela in forma specifica di beni della vita, i quali a loro volta sono l'esito, in modo più o meno prossimo, del bilanciamento di principi costituzionali. Alla luce del moderno costituzionalismo per principi non ha senso discorrere di incomprimibilità dei diritti fondamentali: anche gli interessi legittimi, in base allo specifico bilanciamento fra principi che presiede alla norma attributiva del potere, partecipano della tutela di posizioni soggettive riconducibili ai diritti fondamentali.

La distinzione dei sistemi di tutela giurisdizionali, quale specchio della duplicità diritti/interessi, entra così nella Costituzione del '48. Le costituzioni vivono tuttavia attraverso le politiche costituzionali, quel complesso cioè di attività imputabili alla giurisprudenza (costituzionale e comune), alla legislazione ordinaria e in genere alle convenzioni costituzionali. Sono parte di quelle politiche anche le interazioni con gli ordinamenti sovranazionali e internazionali. Il nostro modello costituzionale, sorto sul tronco della tradizione europeo-continentale monistica e incentrata sul primato del potere legislativo, ha ormai acquistato il volto della concezione pluralistica del potere che connota il costituzionalismo contemporaneo. Fenomeni come quello delle autorità regolatorie indipendenti sono il sintomo dell'ingresso nell'universo del potere frammentato, raffigurabile come una tela senza ragnò al centro e tenuto insieme dall'ordinamento costituzionale dei poteri. Il pluralismo di giurisdizioni, ereditato dallo Stato amministrativo di diritto, acquista un nuovo significato alla luce del volto del costituzionalismo contemporaneo.

L'esercizio policentrico della giurisdizione è espressione di un assetto di *separated institutions sharing power* che non ha nulla delle retoriche post-

moderne sull'assenza del principio gerarchico, ma è frammentazione del potere tenuta insieme dai congegni che l'ordine costituzionale configura. Il policentrismo giurisdizionale italiano si ricompone sul piano funzionale nella regola di riparto, ovvero sui limiti della giurisdizione, dettata dalla Corte di cassazione quale giudice che la Costituzione disegna come giudice del provvedimento giurisdizionale e non del rapporto controverso. L'ultimo comma dell'articolo 111 fa della Corte di cassazione il giudice della giurisdizione perché il comma precedente disegna la Corte, e solo essa, come giudice di legittimità. Quando regola la giurisdizione, la Corte di Cassazione si spoglia della sua natura di giudice ordinario e assolve una prestazione che il sistema le attribuisce per la sua natura di giudice del provvedimento giurisdizionale e non del rapporto.

Il frazionamento della funzione giurisdizionale in una pluralità di centri non richiede che si abbandoni l'attributo di "ordinario" del giudice dei diritti soggettivi, come da taluno è stato proposto. La definizione di "ordinario" discende dalla peculiare natura dei diritti soggettivi i quali, a differenza degli interessi legittimi, possono essere direttamente desunti dalla Costituzione ove manchi una fattispecie legislativa, mentre gli interessi postulano la presenza della norma (ordinaria) attributiva del potere. È l'originarietà dei diritti, i quali possono essere identificati anche in mancanza di una norma legislativa, a fondare l'"ordinarietà" del giudice preposto alla loro tutela.

3. Argomenti per un nuovo "concordato giurisprudenziale"

Le politiche costituzionali, per come sopra definite, hanno lasciato il segno negli ultimi decenni soprattutto sull'art. 103 Cost., nella parte in cui attribuisce al giudice amministrativo, in particolari materie, la giurisdizione anche sui diritti soggettivi. Il Costituyente aveva di fronte la marginalità ed eccezionalità delle materie di giurisdizione esclusiva. Oggi l'art. 133 cpa delinea un'imponente, per qualità e quantità, estensione delle materie di giurisdizione esclusiva. Nei limiti in cui è consentito l'uso dell'espressione "mutamento costituzionale materiale", di questo processo sono stati protagonisti, con riferimento alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, il legislatore ordinario e il giudice costituzionale. I richiami nel codice del processo amministrativo alla cognizione del giudice anche sui «diritti fondamentali della persona» o «altri beni di primario rilievo costituzionale» (art. 55) e i «diritti costituzionalmente tutelati» (art. 133, lett. p), richiami già anticipati dalla giurisprudenza costituzionale e comune, disegnano

un volto della giurisdizione amministrativa non più circoscrivibile al sindacato sull'atto (*rectius* rapporto) amministrativo. Il giudice amministrativo, per una parte significativa di controversie in cui è parte la pubblica amministrazione, è ormai giudice dei diritti.

Le controversie su diritti rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sono controversie su diritti soggettivi in senso tecnico. La riconducibilità mediata all'esercizio del potere degli atti o comportamenti della pubblica amministrazione che ricadono in tali controversie, secondo la descrizione contenuta nell'art. 7 cpa, delinea un quadro, sostanziale e processuale, in base al quale il rapporto amministrativo costituisce un elemento esterno rispetto al rapporto di diritto comune, dedotto in giudizio, e tuttavia in relazione di pregiudizialità (tecnica) rispetto a quest'ultimo. La collocazione del rapporto amministrativo rispetto a quello di diritto comune è la stessa che si avrebbe nelle ipotesi di disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario. Il senso della giurisdizione esclusiva è pertanto quello che in una serie di materie previste dalla legge, nelle quali ricorra in concreto la dipendenza del rapporto di diritto comune dal rapporto amministrativo, la giurisdizione è del giudice amministrativo e non del giudice ordinario. Non c'è dunque spazio per la disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario nelle materie astrattamente riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, perché se i presupposti del sindacato (incidentale per il giudice ordinario) sull'atto vi fossero, vorrebbe dire che nel caso concreto vi sarebbe la dipendenza del rapporto di diritto comune da quello amministrativo e dunque la ricorrenza della giurisdizione del giudice amministrativo.

È questo il contesto che fa da sfondo alla parabola che ha caratterizzato il tema del riparto di giurisdizione negli ultimi dodici anni. Tre momenti fissano i punti di svolta di questa parabola: Cass., sez. unite, n. 30254 del 2008, che ha inteso il concetto di giurisdizione, ai fini della definizione dei limiti esterni, come tutela effettiva dei diritti e degli interessi; Corte cost., n. 6 del 2018, che ha riaffermato l'estraneità dei motivi di giurisdizione di cui all'ultimo comma dell'art. 111 Cost. agli *errores in iudicando* o in *procedendo*; Cass., sez. unite, n. 19598 del 2020, che ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia avendo come tema l'estensione dei motivi di giurisdizione al controllo delle sentenze del Consiglio di Stato che violino il diritto dell'Unione europea. Questa parabola tocca nel profondo la giurisdizione generale di legittimità, ma è verosimile che sullo sfondo vi sia, quale nodo problematico, la nuova configurazione del giudice amministrativo come giudice dei diritti nel largo spettro delle materie di giurisdizione esclusiva,

soprattutto laddove entrino in gioco direttamente diritti fondamentali della persona. È quest'ultimo profilo, ancor prima della nomofilachia di cui il Consiglio di Stato, quale organo di vertice nella propria giurisdizione, è titolare al pari della Corte di cassazione, a porre l'interrogativo circa l'esperibilità, avverso le sentenze dei giudici di Palazzo Spada, del ricorso straordinario di cui all'art. 111, comma 7, Cost. quale norma di chiusura del sistema delle impugnazioni e rimedio operante (proprio perché straordinario) su un piano diverso dal ricorso ordinario, che l'ultimo comma dell'art. 111 limita ai motivi di giurisdizione. Con buona pace del cosiddetto originalismo, è legittimo chiedersi se un "mutamento costituzionale materiale" non evochi nuove ermeneutiche costituzionali.

Vi è poi la questione della nomofilachia: Corte di cassazione e Consiglio di Stato ne sono titolari nei rispettivi ambiti. Le materie di giurisdizione su diritti del Consiglio di Stato e il ruolo della Corte di cassazione di regolatrice dei confini della giurisdizione comportano un'osmosi di nomofilachie di carattere bidirezionale, per cui non deve essere solo il vertice della giustizia amministrativa ad adeguarsi alla giurisprudenza ordinaria sui diritti soggettivi, ma anche la Corte di Piazza Cavour deve essere recettiva della giurisprudenza amministrativa sul potere e il suo esercizio. Ad esempio, sulla base delle adunanze plenarie del 2020 sull'art. 42-bis del testo unico in materia di espropriazione per pubblica utilità, che hanno ricondotto integralmente alla dinamica del potere la scelta dell'acquisizione o della restituzione del bene immobile successivamente all'utilizzazione e modificazione in assenza di un provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, dovrebbe ormai riconoscersi che rientra nella giurisdizione amministrativa non solo quella che una volta costituiva l'occupazione acquisitiva, ma anche la cosiddetta occupazione usurpativa, caratterizzata dalla mancanza della dichiarazione di pubblica utilità.

I picchi oscillatori che l'interpretazione dell'ottavo comma dell'art. 111 ha conosciuto, gli interrogativi che possono sorgere in materia di ricorso straordinario per cassazione e giurisdizione amministrativa su diritti fondamentali della persona (e forse sull'intero fronte dei diritti soggettivi), la necessità di una convergenza delle nomofilachie di cui Consiglio di Stato e Corte di cassazione sono contitolari, sono tutti profili in grado di lasciare un segno sul piano di quella che qui può essere definita "Costituzione materiale". Si tratta infatti di questioni di politica costituzionale. Come tali esse non possono essere risolte da una pronuncia della Corte di cassazione. Sono in gioco le attribuzioni di cui due organi, la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato, sono titolari per Costituzione e che non possono essere affidate alla cura di una delle

due parti. I tempi sono maturi per avviare una grande e diffusa discussione su questi temi, in primo luogo fra i giudici delle due giurisdizioni, che possa sfociare, circa un secolo dopo, in un nuovo “concordato giurisprudenziale”, come quello che nel 1929 conclusero Mariano D’Amelio e Santi Romano, rispettivamente presidente della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato. Diversamente dal *memorandum* sottoscritto il 15 maggio del 2017 dai vertici delle Corti superiori, il “concordato giurisprudenziale” dovrebbe porsi come il punto di arrivo e di sintesi di una intensa stagione di confronto, che veda come protagonisti in primo luogo non i vertici delle istituzioni, ma il corpo dei magistrati che ne costituiscono la base. Dovrebbe trattarsi di un grande momento di democrazia deliberativa, che veda la partecipazione anche degli organi dell’autogoverno e delle articolazioni associative delle magistrature.

4. Il capitolo dell’ordinamento della magistratura amministrativa

È un dato che l’autogoverno della magistratura ordinaria è disegnato dalla Costituzione e si basa su un organo di rilievo costituzionale come il Consiglio superiore della magistratura, con competenze costituzionalmente definite, mentre le competenze del parallelo organo di autogoverno della magistratura amministrativa richiedono l’*interpositio legislatoris*. I principi sulla giurisdizione in generale definiti dall’art. 111 Cost. impongono la tendenziale equivalenza delle garanzie di indipendenza di cui tutte le magistrature devono beneficiare. Giudici ordinari e giudici speciali hanno un nucleo di garanzie equivalenti inderogabili, che può essere illustrato, richiamando antichi arresti della giurisprudenza costituzionale sulle magistrature speciali, con la necessità che l’organo giurisdizionale sia immune da vincoli che comportino la sua soggezione formale o sostanziale ad altri organi (Corte cost., n. 92/1962) e con l’esigenza dell’inamovibilità (Corte cost., n. 103/1964).

In questo quadro non è difficile cogliere, a parte quanto sopra rilevato circa la configurazione costituzionale della Corte di cassazione come unico giudice di pura legittimità, che è il modello di piena indipendenza istituzionale del Csm a spiegare il sindacato della Corte di cassazione sulle questioni di giurisdizione: la persona umana nella sua concretezza non può che essere tutelata da un giudice istituito nella pienezza delle sue garanzie costituzionali di fronte a uno Stato che costituisce pur sempre una creazione hobbesiana, artificiale, securitaria, strumentale al completo sviluppo della persona.

Ciò non impedirebbe tuttavia di prevedere per legge, essendo la legge che disciplina l’ordinamento

giudiziario ed essendo ammesso il “transito” fra le magistrature, una composizione delle sezioni unite con la partecipazione di magistrati del Consiglio di Stato, quali figure di esperti che fornirebbero un apporto di cultura specializzata in diritto amministrativo. Tale partecipazione dovrebbe avvenire sulla base di un provvedimento tabellare condiviso dei presidenti delle due Corti per quei magistrati che abbiano, nella loro carriera, svolto anche funzioni da giudici ordinari (avendo essi piena possibilità di riammissione a domanda, non vi sono ostacoli di sorta a ipotizzare la loro partecipazione alle sezioni unite), mentre si dovrebbe passare attraverso una delibera del Csm per gli altri giudici amministrativi, da intendere quelli nominati per concorso in ossequio all’art. 106, comma 1, Cost. Si avrebbe così una partecipazione minoritaria di consiglieri di Stato alle sezioni unite ove siano da decidere questioni di riparto di giurisdizione (e nel caso di ricorso straordinario avverso le sentenze del Consiglio di Stato, ove una siffatta ipotesi, nei limiti sopra indicati, venga presa in considerazione). Anche questo è un punto che dovrebbe ricadere in quella larga discussione di democrazia deliberativa di cui si è detto sopra e che dovrebbe confluire in un nuovo “concordato giurisprudenziale”.

L’indipendenza del giudice amministrativo, prevista nella Carta fondamentale (art. 108, comma 2, Cost.), demanda alla legge di stabilire la composizione dell’organo di autogoverno, senza però che ciò possa compromettere l’autonomia e l’imparzialità dei giudici delle giurisdizioni speciali come ha da tempo ricordato la giurisprudenza costituzionale (Corte cost., nn. 108/1962, 43/1964 e 1/1978). La legge deve solo tener conto dei peculiari aspetti di ogni tipo di giurisdizione. Il Csm costituisce un modello anche per l’autogoverno della giurisdizione speciale, quanto al livello di indipendenza dal potere politico e alle garanzie del pluralismo interno. Tutto questo senza naturalmente tacere le opacità e degenerazioni di recente emerse, che meritano di essere affrontate recuperando le idealità che hanno originato le previsioni costituzionali sull’autogoverno, restituendo senso all’associazionismo giudiziario e affrontando *funditus* il tema delle nomine a incarichi direttivi, magari proprio valorizzando e rispettando, garantendone l’osservanza, l’apporto che può provenire dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (fanno ormai parte del passato vicende come quelle dei conflitti di attribuzione sollevati dal Csm, risolti in favore del giudice amministrativo da Corte cost., nn. 435/1995 e 419/1995). Non è un caso che molte pronunce della Corte di cassazione in tema di eccesso di potere giurisdizionale siano intervenute in sede di controllo degli atti del Csm da parte del Consiglio di Stato: la temperie storica consiglia una riflessione approfondita e

spassionata del tema, che riporti tutto alla fisiologia del sistema (tutto ritorni “a quote più normali” verrebbe di dire echeggiando un motivo ben noto, ferma l’ovvia necessità di reprimere ogni grave devianza nell’esercizio di tali essenziali funzioni per la vita dello Stato di diritto).

Circa il procedimento disciplinare, se è vero che risponde a criteri di razionalità quanto alla magistratura ordinaria (con la natura giurisdizionale della sezione disciplinare del Csm e la ricorribilità innanzi alle sezioni unite delle sentenze disciplinari), esso andrebbe ripensato quanto alla magistratura amministrativa, ove gli illeciti disciplinari non sono tipizzati e spicca la mancanza di uno strutturato ufficio ispettivo. Vi sono, inoltre, commistioni fra la funzione inquirente e giudicante che andrebbero superate al fine di rendere maggiormente rispondente la disciplina ai canoni della giurisprudenza di Strasburgo, e non è del tutto persuasiva l’impugnabilità delle sanzioni disciplinari innanzi allo stesso sistema della giustizia amministrativa, Tar e Consiglio di Stato, composto da giudici soggetti all’organo di autogoverno che devono valutare.

Su questo punto dell’assetto degli organi di autogoverno, occorre veramente un consenso sui limiti e confini reciproci. È necessario raggiungere un equilibrio più avanzato, apprezzando quello che il pluralismo giurisdizionale può offrire proprio per superare aspetti critici dell’assetto del vertice organizzativo degli ordini giudiziari: dalla parte della magistratura ordinaria mediante procedimenti del Csm più aderenti agli insegnamenti del giudice amministrativo, dalla parte della magistratura amministrativa dando sempre più vigore al modello di piena indipendenza dal Governo ricavabile dall’art. 108, comma 2, Cost., di cui il Csm è – sul piano del dover essere – paradigma (ciò a fronte dell’ipotizzabile crescente tentazione di ingerenza del potere politico in un quadro di crisi dello Stato di diritto).

A quest’ultimo proposito, non da oggi il Giudice delle leggi ha riconosciuto che l’indipendenza della magistratura amministrativa non è lesa dalla presenza di magistrati di nomina governativa all’interno del Consiglio di Stato (Corte cost., n. 177/1973). In base alla legge n. 186 del 1982, il Consiglio di presidenza si limita tuttavia ad esprimere solo un parere preventivo di idoneità. La materia, alla luce dell’evoluzione della giustizia amministrativa e anche della crescente incidenza dei canoni sovranazionali e internazionali sul tema, dovrebbe essere ripensata prevedendo una maggiore incidenza dell’organo di autogoverno. In particolare: i consiglieri di Stato di nomina governativa dovrebbero essere destinati alle sezioni consultive; l’eventuale passaggio alle sezioni giurisdizionali dovrebbe avvenire solo a seguito di un giudizio

dell’organo di autogoverno che ne accerti – dopo il periodo svolto presso la sezione consultiva – l’intervenuta idoneità allo svolgimento delle funzioni giurisdizionali. In tal modo si avvicinerrebbe la designazione a quella per meriti insigni prevista dall’art. 106, comma 3, Cost. per l’ufficio di consiglieri di Cassazione. La possibilità dell’esercizio della giurisdizione dovrebbe dipendere esclusivamente dall’organo di autogoverno. È evidente che tanto più il sistema funzionerà, quanto più gli organi di autogoverno acquisiranno un omologo profilo di indipendenza di fronte al potere politico (rapporto, questo, fonte di tensione, in modo diverso, per tutte le magistrature).

5. Il nuovo scenario del sindacato sul potere amministrativo

Lo stato di emergenza determinato dalla pandemia ha rilanciato la comunità. Vi è una nuova centralità del pubblico che si fa avanti e che è destinata probabilmente a caratterizzare il tempo a venire. Ritorna l’endiadi “egualianza e libertà”, da declinare nei termini della fraternità, come ammonisce la recente lettera enciclica di Francesco «*Fratelli tutti*». Un’egualianza fraterna e una libertà fraterna possono diventare i nuovi orizzonti del pensiero sociale. Vi sono le premesse per un nuovo patto fra autorità e libertà che privilegi il potere amministrativo rispetto alla declinazione privatistica dei rapporti giuridici. L’amministrativizzazione del diritto, che l’emergenza ha veicolato, può rappresentare in questo quadro una tendenza di lungo periodo, che vada ben al di là della morfologia emergenziale e che guardi ad assetti sociali che maggiormente si facciano carico della comunità. Insomma, il post-pandemia può rivelare un nuovo volto della storia, come lo è stato l’ultimo dopoguerra alla metà del secolo scorso. Vi è da interrogarsi anche su quali saranno le possibili configurazioni degli apparati amministrativi in una prospettiva del genere.

A fronte di un’estensione da parte della funzione amministrativa delle proprie maglie, il diritto e la giustizia amministrativa dovrebbero diventare scienza e controllo del potere ancora più pregnanti e penetranti. Quanto più l’autorità guadagna terreno, nell’ottica di una de-privatizzazione dei rapporti sociali, tanto più è necessaria la scienza del sindacato sul potere, di cui è depositario il giudice amministrativo. Non si tratta qui di inventare qualcosa di nuovo, ma di sviluppare in modo rigoroso quelle che già sono le caratteristiche dell’attuale esercizio della giurisdizione amministrativa.

In primo luogo la libertà dell’azione amministrativa. Essa non è la stessa di cui gode il legislatore, perché mentre questo è libero nel fine, nei limiti dettati

dai precetti costituzionali e dal diritto sovranazionale e internazionale, l'agire del pubblico amministratore è vincolato ai fini imposti dalla norma attributiva del potere. Ma è soprattutto la linea di demarcazione fra legittimità e merito a venire in rilievo. L'accesso (probatorio) al fatto, nell'ambito di un processo sempre più orientato al rapporto anziché all'atto, e il test di proporzionalità, che tende a ridurre il potere discrezionale di scelta, hanno nel corso degli anni allargato i margini del sindacato di legittimità sull'esercizio del potere. Il merito si è andato sempre più giuridicizzando, per riprendere i termini della polemica che a cavallo fra gli anni trenta e quaranta del secolo scorso vide Mortati contrapporsi a Giannini, sostenitore del carattere pregiuridico della ponderazione amministrativa degli interessi.

Una volta che lo scenario futuro sia quello dell'espansione del potere amministrativo, l'ambito del merito non sindacabile dal giudice è destinato ancora più a ridursi quale riflesso della crescita dell'autorità a scapito della libertà. La non omologabilità del merito amministrativo al merito legislativo risiede nel fatto che la legge è, come direbbe Habermas, espressione dell'autonomia pubblica, mentre il provvedimento amministrativo appartiene all'ordine dell'eteronomia, che significa esercizio unilaterale del potere. Da una parte vi è il risultato del processo democratico, da preservare per quanto costituzionalmente possibile, dall'altra l'estrinsecazione di un potere unilaterale, da limitare il più possibile (partendo con la sua procedimentalizzazione). È l'istituzionale asimmetria di potere che riconduce il merito sotto l'egida del diritto fino alla soglia del nocciolo duro della discrezionalità della scelta.

Una volta che si sposti così in avanti la linea del confine fra legittimità e merito, è probabilmente non necessario attingere alle categorie del diritto comune, come invece ha fatto Cons. Stato, ad. plen., n. 5 del 2018, che ha ricondotto l'esercizio dell'attività autoritativa, nella fase antecedente all'aggiudicazione nella procedura di evidenza pubblica, al dovere civilistico del comportamento secondo buona fede, riaprendo le porte a quella scuola di pensiero che ricostruisce il rapporto fra amministrazione e privato in termini di obbligazione in senso tecnico e minando così le basi della stessa distinzione fra le due giurisdizioni – con gli ulteriori effetti di un allargamento della giurisdizione del giudice ordinario mediante la “categoria” della violazione della buona fede (su cui, da ultimo, Cass., sez. unite, n. 8236/2020) e di una segmentazione della giurisdizione su rapporti a volte difficilmente scindibili e connotati da intreccio di potere e comportamento. Il vero è che il diritto amministrativo deroga al diritto comune e, una volta che il potere sia stato esercitato, la disciplina della fattispecie resta

integralmente affidata a quest'ultimo, senza che il diritto civile possa avere alcuno spazio: tutta la partita si gioca nel controllo del potere.

Autorità e libertà fanno parte di un gioco a somma zero: quanto maggiore è il segno positivo dell'autorità, tanto più deve essere penetrante il controllo giurisdizionale del potere di scelta. L'espansione del potere amministrativo (soprattutto nel campo sociale e ambientale) lo rende ancora più permeabile alla scrutinio giurisdizionale. Tutto questo significa un ruolo più incisivo del giudice amministrativo e la necessità per il giudice della giurisdizione, la Corte di cassazione, di riconoscere questo nuovo fenomeno, limitando la privatizzazione crescente (che ha connotato la precedente fase storica, pre-pandemica, di sviluppo del capitale finanziario) con un nuovo equilibrio fra diritto pubblico e diritto privato (più consoni alle esigenze di costruzione di uno Stato sociale rispettoso dell'ambiente e di altri interessi collettivi).

6. Una comune cultura della giurisdizione per le magistrature

L'organicità del pluralismo delle giurisdizioni alle tendenze del costituzionalismo contemporaneo e gli scenari futuri della funzione amministrativa rendono ancora più viva la necessità che le magistrature parlino un linguaggio comune.

Si tratta, in primo luogo, di coltivare i percorsi di un esercizio indipendente della funzione giudiziaria. L'elaborazione di un modello etico comune alle giurisdizioni, la rigorosa definizione di regole comuni per l'assunzione di incarichi extragiudiziari, la valorizzazione della professionalità in un quadro che escluda ogni forma di improprio carrierismo sono prospettive che riceveranno forza se coltivate con comunanza di vedute e una logica di collaborazione istituzionale.

Scambi culturali, convegni comuni, occasioni di formazione comune, possibili innesti reciproci di magistrati nell'una o nell'altra giurisdizione, valorizzando i passaggi di ruolo dall'uno all'altro sistema, sono gli strumenti in grado di avvicinare le culture delle due giurisdizioni senza mortificarne i tratti differenziali. Ben lungi dal concepire un Tribunale dei conflitti mediante legge ordinaria, si tratta di continuare a coltivare un fecondo dialogo fra le giurisdizioni che le metta in condizione di superare le sfide che gli stessi mutamenti dello Stato di diritto amministrativo possono portare al valore dell'indipendenza.

È innegabile che il mondo globale abbia fatto nascere una sorta di capitalismo politico di stampo neo-autoritario in molte parti del pianeta e anche in Europa (si pensi allo stato della giurisdizione in Polonia e in Ungheria o alla situazione drammatica

della Turchia). Solo una visione condivisa dei valori dell'indipendenza e dei criteri di riparto della giurisdizione, solo un rafforzamento dei tratti unitari del lavoro giurisdizionale (nella logica, ad esempio, della *translatio iudicii*) possono consentire di avere una cultura giurisdizionale che nel suo carattere – ormai da dare per accettato e metabolizzato – composito, condivisivo, liberale, sia in grado di affrontare le sfide del futuro post-pandemico dello Stato di diritto amministrativo (nato nel 1889 con l'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato e ora proiettato verso orizzonti impensabili quando Silvio Spaventa pronunciò il suo famoso discorso).

Su questo sfondo vanno ripensate le questioni che abbiamo evidenziato nel corso del nostro scritto, questioni certo di valenza tecnica, ma, proprio perché di rilevanza in primo luogo costituzionale,

destinate a interagire con tratti che sono epocali. Il pluralismo, va detto, è un valore a rischio. È in gioco un tratto distintivo del costituzionalismo contemporaneo, che del potere pluralizzato fa, con la democrazia, il proprio asse portante. Nel mondo del capitalismo senza borghesia, le maggioranze tendono a non incontrare il «potere che frena» (Massimo Cacciari), in base al quale l'*auctoritas* non incarna l'ora ultima e assoluta, ma vive nel tempo sospeso della mediazione e del contenimento della potenza. Ebbene il pluralismo – a fronte delle possibili evoluzioni del potere pubblico – è un valore non solo nella società ma anche nelle istituzioni, e nelle istituzioni giudiziarie in particolare. Esso tuttavia richiede, per non degenerare in conflitti istituzionali, equilibrio e competenze capaci di governare la complessità.