

UNIVERSITÀ DI CATANIA  
PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



*Nuova serie*

310

# PROSPETTIVE DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

## EFFICIENZA, QUALITÀ E NUOVE TECNOLOGIE

Atti del Convegno  
(Catania, 5 e 6 ottobre 2023)

*a cura di*

SEBASTIANO LICCIARDELLO



Edizioni Scientifiche Italiane



UNIVERSITÀ DI CATANIA  
PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

*Nuova serie*

310



PROSPETTIVE  
DELLA GIUSTIZIA  
AMMINISTRATIVA

EFFICIENZA, QUALITÀ  
E NUOVE TECNOLOGIE

Atti del Convegno  
(Catania, 5 e 6 ottobre 2023)

*a cura di*

SEBASTIANO LICCIARDELLO



Edizioni Scientifiche Italiane

*Il volume è stato pubblicato con i fondi del progetto Pia.ce.ri (Piano di inCENTivi per la RICerca di Ateneo) Il nuovo diritto tra robotica e algoritmi.*

Si ringrazia Marco Gaetano Pulvirenti per il lavoro di collazione e revisione.

LICCIARDELLO, Sebastiano (*a cura di*)

Prospettive della giustizia amministrativa. Efficienza, qualità e nuove tecnologie

Atti del Convegno (Catania, 5 e 6 ottobre 2023)

Collana: Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania, 310

Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2026

pp. 200; 24 cm

ISBN 978-88-495-6093-0

---

© 2026 by Edizioni Scientifiche Italiane S.p.A.

80121 Napoli, via Chiatamone 7

**Internet:** [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)

**E-mail:** [info@edizioniesi.it](mailto:info@edizioniesi.it)

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4, della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFAR-TIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

E-book

ISBN 978-88-495-6094-7

Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale

(CC BY-NC-ND 4.0)



# Indice

SEBASTIANO LICCIARDELLO, <i>La giustizia amministrativa in trasformazione. Tra processo e servizio</i>	7
MARIA IMMORDINO	33
MARCO MAZZAMUTO, <i>L'effettività della giustizia amministrativa</i>	41
FABIO SAITTA, <i>La (ragionevole?) discrezionalità del giudice amministrativo</i>	51
FABIO CINTIOLI, <i>Il processo amministrativo al tempo del PNRR</i>	85
GIOVANNI FABIO LICATA, <i>Appunti sulla formazione giurisprudenziale del diritto amministrativo</i>	97
NICOLA DURANTE, <i>I principi del diritto amministrativo nella giurisprudenza</i>	117
ANNA ROMEO, <i>Il modello collegiale di definizione delle controversie amministrative</i>	125
GIOVANNI GIUSEPPE ANTONIO DATO, <i>L'applicazione dei precedenti dell'Adunanza plenaria nella giurisprudenza dei TAR</i>	133
MARCELLO CLARICH, <i>Servizio giustizia, processo ed effettività della tutela</i>	145
MARGHERITA RAMAJOLI, <i>La giustizia amministrativa come servizio pubblico tra efficienza e adeguatezza</i>	149
VITTORIA BERLINGÒ, <i>La legalità processuale a presidio della 'qualità' del 'servizio' giustizia: misure di precauzione e rischio 'sistemico-intersettoriale'</i>	157

ANNALISA GIUSTI, <i>L'equilibrio costituzionale dell'effettività della tutela cautelare</i>	163
FRANCESCO FABRIZIO TUCCARI, <i>Servizio giustizia, processo ed effettività della tutela: il caso delle cosiddette sentenze «di terza via»</i>	169
CARLO EMANUELE GALLO, <i>Conclude</i>	179

SEBASTIANO LICCIARDELLO

## La giustizia amministrativa in trasformazione Tra processo e servizio

SOMMARIO: 1. La qualità della giustizia dentro e fuori dal processo. – 2. Diritto amministrativo e giustizia amministrativa. – 3. La formazione giurisprudenziale del diritto amministrativo. – 4. La IV sezione del Consiglio di Stato e la crisi dello Stato moderno. – 5. Il coraggio del Giudice amministrativo. – 6. Diritto amministrativo e giudice amministrativo al tempo della legificazione. – 7. La Corte di cassazione e la giustizia come servizio. – 8. Giurisdizione, processo e servizio giustizia nello Stato democratico. – 9. Giustizia e persona. – 10. Declinazioni del servizio giustizia. La divulgazione della giurisprudenza. – 11. Una definizione aggiornata di giustizia amministrativa.

1. Tra le tante pagine di riflessioni sulla giustizia amministrativa, tra i tanti convegni, questo, grazie al talento dei relatori, contribuirà sicuramente ad evidenziare le tendenze attuali e le prospettive della giustizia amministrativa.

Invero, oggi, l'effettività della tutela nei confronti della pubblica amministrazione non possiamo cercarla solo attraverso il processo amministrativo<sup>1</sup>.

Infatti, la tutela nei confronti dell'amministrazione non necessita solo di un giusto processo, di un giudice adeguato, ma anche di una adeguata "organizzazione" nella quale la giurisdizione deve esercitarsi e che su di essa (inevitabilmente) impatta per garantire la "qualità" della giustizia<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Vedi sulla questione G.F. LICATA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Torino, 2022. Sul rapporto tra effettività ed efficacia vedi G.D. COMPARTI, *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, a cura di Gian Domenico Comperti, Firenze, 2016, p. 33 ss. per il quale «è ineludibile la tendenza a cogliere la funzione giurisdizionale nella combinata prospettiva della sua effettività ed efficacia. L'una dimensione, infatti, chiama in causa necessariamente l'altra, nella misura in cui la effettiva disponibilità di rimedi pienamente soddisfattivi delle lesioni e dei torti sofferti richiede anche che al giudice siano assegnate risorse adeguate strumentali per assicurare che la durata del singolo processo non vada in danno dell'attore che ha ragione. Già si è detto, sotto questo aspetto, che l'efficienza dal punto di vista organizzativo della macchina giudiziaria è condizione per l'effettività di esercizio della funzione».

<sup>2</sup> Sottolinea G.F. LICATA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, cit., p. 13 «la tutela del privato nei confronti del potere pubblico non abbisogna solo di un giudice («idoneo»), ma anche di una struttura adeguata nell'ambito della quale la stessa possa svolgersi, e cioè di un adeguato ambito all'interno del quale la giurisdizione amministrativa possa essere effettivamente esercitata». Aggiungendo: «la rilevanza di momenti (non giurisdizionali) di amministrazione della giustizia amministrativa che sono tuttavia idonei a impattare, e anche

L'organizzazione del processo è cosa diversa e più ampia dell'organizzazione dei «servizi relativi alla giustizia» di cui all'art. 110 Cost. (anzitutto strutture, mezzi e personale ausiliario)<sup>3</sup>.

La dottrina processualcivilistica ha evidenziato che «attengono all'organizzazione (in senso lato) del processo tutti gli interventi volti ad aumentarne l'efficienza, intesa come la capacità di rispondere in modo adeguato alla domanda di giustizia, utilizzando al meglio le risorse disponibili (e, laddove possibile, incrementando tali risorse)»<sup>4</sup>. Mentre quella processualpenalistica mette in guardia da una enfaticizzazione della efficienza che «rischia di trasmettere un messaggio di politica del diritto davvero nefasto, vale a dire che la giurisdizione sia un puro costo, in termini di tempo e risorse e che non esistano controinteressi di pari livello»<sup>5</sup>.

Non bisogna dimenticare che attraverso il processo si realizza la tutela dei diritti e degli interessi legittimi, tutela effettiva che deve portare anzitutto ad una decisione giusta (attraverso un giusto processo) e tuttavia per questo occorre «perseguire una più razionale utilizzazione delle risorse funzionali all'erogazione del servizio giustizia, mediante una adeguata ridefinizione delle attività attraverso cui quel servizio viene erogato»<sup>6</sup>.

La “nuova” organizzazione del processo ricomprende pertanto «tutto quanto avviene, per dir così, dietro le quinte della scena giudiziaria»<sup>7</sup>. In questa prospettiva, ad esempio, l'ufficio per il processo è un esempio di intervento sull'organizzazione<sup>8</sup> il quale tuttavia può avere un impatto sul servizio giustizia in grado di «dar corpo a un intreccio di relazioni tra il conoscere, il saper fare e il saper esser (di) scavare un letto per la maturazione di nuove identità e per la creazione di un pluralismo ordinato di culture della giurisdizione»<sup>9</sup>.

in termini determinanti, sull'esercizio complessivo della giurisdizione (qui in senso proprio intesa), e per ciò su ogni singolo processo» (p. 26).

<sup>3</sup> In questo senso vedi S. BOCCAGNA, *La nuova organizzazione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 1341.

<sup>4</sup> S. BOCCAGNA, *La nuova organizzazione del processo*, cit., p. 1343.

<sup>5</sup> F. CONSULICH e M. MIRAGLIA, *Costo del processo e fuga dalla giurisdizione. Il volto futuribile del sistema penale in due topoi: la giustizia riparativa e l'Ufficio per il processo*, in *disCrimen* 12 febbraio 2022, p. 2.

<sup>6</sup> S. BOCCAGNA, *La nuova organizzazione del processo*, cit., p. 1343.

<sup>7</sup> S. BOCCAGNA, *La nuova organizzazione del processo*, cit., p. 1342.

<sup>8</sup> R. MARTINO, *L'ufficio per il processo ai tempi del PNRR: una panacea per la giustizia civile?*, in *Il processo*, 2025, p. 4. Per quest'Autore l'UPP ha «il compito precipuo di migliorare l'organizzazione del lavoro del giudice, rappresenta – unitamente al reclutamento di nuovo personale delle cancellerie – un segnale forte, nel senso dell'affermazione del valore primario, nel complessivo disegno riformatore della giustizia, degli interventi sull'organizzazione, piuttosto che sul rito, e dei conseguenti investimenti sul capitale umano».

<sup>9</sup> R. CAPONI, *Un orizzonte aperto su una nuova forma di vita giudiziaria: l'ufficio per il processo*, in *Quest. giust.*, 2021, 3, p. 17

In questa prospettiva questioni antiche si ripropongono, a cominciare dalla terzietà ed imparzialità del giudice amministrativo e quindi della “indipendenza” della giurisdizione amministrativa alla quale è affidata la tutela dei cittadini nei confronti dell’amministrazione; questioni che vanno vagliate tenendo conto della necessaria “specializzazione” del giudice amministrativo e del ruolo che ha nel “costruire” il sistema di diritto amministrativo<sup>10</sup>.

Oltralpe, già durante la seduta della *Chambre des députés* del 20 maggio 1846 Donatien Marquis ebbe a dire, sulla partecipazione dei Consiglieri di Stato ai Consigli di amministrazione delle compagnie ferroviarie, che non deve esserci il minimo dubbio sull’imparzialità e la giustizia, ma anche sul «desinterressement des juges»: «Quand on a ambitionne l’honneur de prendre part a l’administration et au gouvernement du pays, il faut savoir qu’on n’est plus libre d’une maniere absolue de son temps, de ses facultes, de sa consideration».

Quel «desinterressement des juges» nell’ordinamento italiano si potrebbe tradurre “indipendenza” che è una proprietà irrinunciabile della giurisdizione amministrativa che si proietta sui giudici, in positivo, in termini di professionalità, responsabilità e quindi credibilità.

Per il Presidente Franco Frattini l’efficienza non è tutto: «occorre, contestualmente, perseguire anche la credibilità. E non basta il principio supremo dell’indipendenza della Magistratura ad assicurare credibilità. L’indipendenza è difatti un principio irrinunciabile per il giudice, ma non deve mai renderlo irresponsabile. Occorre dunque fare della responsabilità il vero fondamento dell’indipendenza, e riconquistare così credibilità agli occhi dei cittadini»<sup>11</sup>. La professionalità del magistrato non può dissociarsi poi dalla eticità: «ossia l’idea che egli debba essere percepito dalla collettività, come retto e indipendente, oltre che esserlo nel suo foro interno, poiché l’etica pubblica, nei rappresentanti delle istituzioni, si intreccia sempre con quella individuale»<sup>12</sup>.

Invero, le disposizioni del codice in tema di astensione e ricusazione garantiscono la terzietà e l’imparzialità del giudice ma non sono sufficienti

<sup>10</sup> Quello dell’indipendenza è problema diverso da quello della terzietà ed imparzialità; vedi sul punto E. FOLLIERI, *Le garanzie di indipendenza del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 1234 ss.

<sup>11</sup> Insediamento del presidente del Consiglio di Stato Franco Frattini e relazione sull’attività della giustizia amministrativa. Palazzo Spada, 22 febbraio 2022. Il Presidente del Consiglio di Stato Luigi Maruotti ha rimarcato che al giudice amministrativo è «chiesto ancor più di agire con imparzialità, con indipendenza, ma anche con professionalità unita alla celerità, per garantire al contempo legalità e sviluppo» (Insediamento del presidente del Consiglio di Stato Luigi Maruotti e relazione sull’attività della giustizia amministrativa. Palazzo Spada, 30 gennaio 2023).

<sup>12</sup> Relazione sull’attività della giustizia amministrativa e discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi del 12 febbraio 2019.

a garantirne l'indipendenza, occorrendo ad esempio «misure relative alla formazione dei magistrati di prima nomina (oggi resa obbligatoria), nonché delle linee guida sull'uso dei mezzi di comunicazione elettronica e dei social media da parte dei magistrati amministrativi, che rappresenta un punto di equilibrio tra l'esigenza di garantire il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali dei magistrati e la necessità di salvaguardare, al contempo, la dignità, integrità, imparzialità e indipendenza del singolo magistrato, nonché di tutta la Giustizia amministrativa»<sup>13</sup>.

Non è pertanto soltanto la questione della commistione di funzioni consultive e giurisdizionali ovvero delle nomine e degli incarichi extragiudiziari, ampiamente dibattute<sup>14</sup>, quanto piuttosto il ruolo per così dire “politico” e “sociale” del giudice amministrativo che richiede una specificità “deontologica”, una sorta di statuto deontologico della giurisdizione amministrativa che possa guidare il giudice amministrativo nelle plurime relazioni con le istituzioni e la società<sup>15</sup>.

Oltra l'pe Prosper Weil nella prefazione del libro di Danièle Lochak *Le role politique du juge administratif francais*, scriverà che il Conseil d'État è troppo vicino, per reclutamento, composizione e clima in cui è immerso, ai centri delle decisioni politiche «pour ne pas vivre sur la meme longueur d'onde qu'eux... faiseur de politique de par sa mission meme, le Conseil d'État n'est guère plus qu'un démembrement de l'executif, mais sa proximité meme du pouvoir lui permet d'exercer sur celui-ci une influence d'autant plus grande qu'il voit jusqu'ou ne pas aller trop loin». Sottolineando che questa influenza è facilitata anche dalla struttura «assez lache» del diritto che esso è chiamato ad attuare in quanto il Conseil d'État è chiamato ad applicare norme che spesso deve previamente elaborare e che, anche se già esistenti, sono comunque caratterizzate da una flessibilità che gli lascia un immenso margine di libertà<sup>16</sup>.

Oggi, Antoine Mendras, Vicepresidente del Tribunale Amministrativo di Parigi, riprendendo la questione dell'indipendenza della giurisdizione amministrativa affrontata da Weil, viene, provocatoriamente, a prospettare

<sup>13</sup> Insediamento del presidente del Consiglio di Stato Franco Frattini e relazione sull'attività della giustizia amministrativa. Palazzo Spada, 22 febbraio 2022.

<sup>14</sup> E. FOLLIERI, *Le garanzie di indipendenza del Consiglio di Stato*, cit., 2016, p. 1234 ss. ed ivi indicazioni bibliografiche ulteriori.

<sup>15</sup> Oltra l'pe il tema ha ricevuto una particolare attenzione nell'opera di L. RAGIMBEAU, *La déontologie du juge administrative*, Paris, 2023.

<sup>16</sup> P. WEIL, *Préface*, in D. LOCHAK, *Le role politique du juge administratif francais*, Paris, 1972, p. IX. Tema questo di recente e acutamente trattato da F. Saitta, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023. Già Carnelutti “felicitemente” osservava che la lite amministrativa ha rilevanza politica F. Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 252. Vedi sul punto M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, p. 33 ss.

un «démembrement du Conseil d'État» da parte dei giudici amministrativi di primo grado per tirare fuori la giustizia amministrativa dalla sua matrice statale che ne comprometterebbe – secondo lui – l'indipendenza<sup>17</sup>.

Tutto questo ci convince della utilità di approfondire la prospettiva della giustizia amministrativa studiandola non solo attraverso il processo ma come servizio.

Tuttavia, come nessun tema di diritto può svincolarsi dal contesto storico, dalla evoluzione dell'ordinamento, ciò vale maggiormente per la giustizia amministrativa, per come si è formata e si è evoluta.

Pertanto, le trasformazioni della giustizia amministrativa e le sue prospettive potranno comprendersi meglio premettendo, ancorché per brevi cenni e per quello che ci è utile, la ricostruzione della evoluzione del sistema.

2. Nella galleria circolare al *Dôme des Invalides*, dove si trova la tomba di Napoleone, vi sono 10 bassorilievi, opera del Simart, che descrivono le principali realizzazioni napoleoniche, a fondamento dello Stato moderno. Tra queste il *Code Napoleon* e il *Conseil d'État*.

Alle origini dello Stato moderno il diritto civile ed il diritto amministrativo intraprendono due percorsi paralleli.

In particolare, il diritto amministrativo, alle origini, nella prima parte dell'Ottocento, sfugge alla codificazione e sfugge al controllo dei tribunali ordinari. Amministrare deve essere il «fatto di uno solo», ossia dell'amministrazione, ammoniva Pierre-Louis Roederer. E quando il Merlin introduce la voce *acte administratif* nel *Répertoire* definendolo «un arrêté, une décision de l'autorité administrative, ou une action, un fait de l'administration qui a rapport a ses fonctions»<sup>18</sup>, individua nella insindacabilità il peculiare regime giuridico dell'atto amministrativo.

Ancora vivo, infatti, doveva essere il ricordo delle ostilità dei giudici nei confronti della Corona nell'*Ancien Régime*, come è accaduto quando il Parlamento di Parigi è riuscito a screditare la regina Maria Antonietta per l'«affare» della collana<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> A. MENDRAS, *L'Etat et ses juges. Pour une refonte de la justice administrative*, Le Conquet, 2024, p. 53 ss.

<sup>18</sup> M. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, I, Parigi, 1812, p. 72.

<sup>19</sup> L'«*Affaire du Collier*» fu uno scandalo che coinvolse la regina Maria Antonietta. Una truffa orchestrata a Parigi nel 1780 da Jeanne de Valois-Saint-Rémy, nota come contessa de La Motte, con l'aiuto del cardinale de Rohan, Grande Elemosiniere di Francia. I gioiellieri Boehmer e Bassenge avevano creato una preziosissima collana di diamanti. La contessa de La Motte grazie al cardinale de Rohan convinse i gioiellieri che la regina desiderava acquistare la collana e così riuscirono a farsela consegnare promettendo che la regina avrebbe poi pagato il prezzo. Quando nulla fu pagato ai gioiellieri questi si rivolsero alla regina e così si svelò la truffa. Maria Antonietta, pur essendo innocente, fu coinvolta nel giudizio contro la contessa de La Motte ed il cardinale de Rohan: il Tribunale (Parlamento di Parigi) la scre-

D'altra parte, la stessa codificazione civile doveva preservare la borghesia «dalle pericolose devianze di incontrollabili affioramenti consuetudinari, di fantasie di bizzarri scienziati, di giudici scalmanati»<sup>20</sup>. Per divenire il giudice *bouche de la loi*, «rigoureusement subordonné à une loi sacralisée, unique et infaillible expression de la volonté générale»<sup>21</sup>.

Il Diritto amministrativo sfugge, pertanto, alla codificazione ed al controllo dei Tribunali ordinari. Eppure, nella prima parte dell'Ottocento c'è chi considerava «un gran mal» l'assenza di una codificazione amministrativa, ritenendo che «un code aurait pour le droit administratif plus d'importance que pour le droit civil»<sup>22</sup>. Opinione, tuttavia, che sarà avversata decisamente sia perché si pensava «impossible de codifier un droit dont on ne connaissait pas encore les delimitations exactes et qui était encore en formation»<sup>23</sup> sia perché la codificazione avrebbe avuto sul diritto amministrativo «conséquences dévastatrices»<sup>24</sup>.

Sarà il *Conseil d'État* – istituito con la Costituzione del 22 *frimaire an 8* che all'art. 52 prevede «Sous la direction des consuls, un Conseil d'État est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative» – a cominciare a scrivere, a partire dal XIX secolo, il diritto amministrativo e le elaborazioni della dottrina hanno come punto di partenza la “giurisprudenza”<sup>25</sup>.

Per il Macarel – che è, con il Cormenin, il precursore della nuova scienza detta diritto amministrativo – l'ossequio degli *arrets* del *Conseil d'État* «doit être d'autant plus obligatoire que, dans l'absence de la loi, cette jurisprudence est le seul guide»<sup>26</sup>.

ditò sostenendo che fosse plausibile che la regina si affidasse alla de La Motte pur di avere quella collana; così danneggiando l'immagine della regina e della monarchia, già indebolite da problemi economici e dalla crescente ostilità del popolo.

<sup>20</sup> P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 149.

<sup>21</sup> Così Montesquieu. Il 18 novembre 1790 Maximilien de Robespierre all'*Assemblée nationale constituante* dirà: «ce mot de 'jurisprudence' doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi». *Le droit, Textes choisis et présentés par Frédéric Rouvillois*, Paris, 1999, p. 171.

<sup>22</sup> A. TROLLEY, *Cours de droit administratif*, Paris, 1843, p. XIV

<sup>23</sup> G.A.T. DUCROQ, *Cours de droit administratif*, Paris, 1897, p. XV.

<sup>24</sup> E.V.M. FOUCART, *Discours du susdit sur l'esprit qui doit guider les jeunes gens dans l'étude du droit*, in *Séance solennelle de rentrée de la Faculté de droit de Poitiers*, Poitiers, Saurin, 1839, 2. Su questo autore che può ritenersi un padre del diritto amministrativo vedi M. TOUZEIL-DIVINA, *Un père du droit administratif moderne, le doyen Foucart (1799-1860)*, Paris, 2020.

<sup>25</sup> J. DE GLINIASTY, *Les theories jurisprudentielles en droit administrative*, Issy-les-Moulineaux, 2018, p. 22 ss.

<sup>26</sup> L.A. MACAREL, *Preface, Elements de jurisprudence administrative. Extraits des décisions rendues par le Conseil d'État, en matière contentieuse*, Dondey Dupre, 1818, t. 1, p. X; Sempre per questo Autore *La jurisprudence, en effet, corrige l'imperfection des lois*,

Sempre per il Macarel l'osservanza della giurisprudenza deve essere tanto più obbligatoria in quanto in assenza di legge questa giurisprudenza «est le seul guide des juges administratifs»<sup>27</sup>.

3. La consacrazione (giurisprudenziale) del diritto amministrativo si avrà con l'*arrêt Blanco* del 1873 ritenuto «l'acte de naissance du droit administratif», che esprime «le pouvoir de la jurisprudence» ed il «caractère prétorien» del diritto amministrativo<sup>28</sup>.

Le *grands arrêts de la jurisprudence administrative*<sup>29</sup> si aprono con l'*arrêt Blanco*: una bambina di 5 anni viene investita a Bordeaux nel 1872 nella strada che separa due magazzini dello stabilimento dell'azienda statale dei tabacchi di Bacalan; il padre chiamerà in giudizio lo Stato, come civilmente responsabile per i fatti dei suoi dipendenti, davanti al Tribunale di Bordeaux chiedendo un risarcimento di 40.000 franchi; ma per il *Tribunal des conflits* «la responsabilité, qui peut incomber à l'État pour dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, n'est pas régie par les principes établis dans le Code civil pour les rapports entre particuliers: elle n'est ni générale, ni absolue: elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés».

Il “bollo infamante” che Dicey imprimerà al diritto amministrativo francese è conseguenza, tuttavia, di una lettura fuorviante dell'*arrêt Blanco*, di una specialità che si interpreta esclusivamente come “privilegio” ed “immunità” dell'amministrazione. Mentre, invece, il Tribunale dei conflitti sottolineava l'esigenza di conciliare i diritti dei privati con le ragioni dell'amministrazione, ossia la specificità del diritto amministrativo<sup>30</sup>.

Invero il superamento della regola codicistica sulla responsabilità (art. 1382 del codice napoleonico) non avrebbe comportato una “minore” responsabilità dell'amministrazione nei confronti del cittadino, essendo la regola codicistica, comunque, espressione del principio di uguaglianza, per cui ogni pregiudizio va riparato, salvo che un pubblico interesse superiore prevalga<sup>31</sup>. Ritenerne la responsabilità amministrativa declinazione del principio di eguaglianza, ha portato, negli anni successivi all'*arrêt Blanco*, ad un «riconoscimento a carico dell'amministrazione di una responsabilità più

*en détruit l'incohérence, en remplit les lacunes (Recueil des arrêts du Conseil d'État, Sirey, 1821, p. 2).*

<sup>27</sup> J. DE GLINIASTY, *Les theories jurisprudentielles en droit administrative*, cit., p. 207 ss.

<sup>28</sup> D. TRUCHET, *Droit, administratif*, Paris, 2013, 39.

<sup>29</sup> M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DEVOLVÈ, e B. GENOVOIS, *Le Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, 2013, p. 1 ss.

<sup>30</sup> G. TEISSIER, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, 1906.

<sup>31</sup> A. TRAVI, Recensione a G. Teissier, *La responsabilité de la puissance publique*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 1021 ss.

intensa di quella configurata nel codice» ed il Consiglio di Stato francese a caratterizzarsi come «difensore dei diritti individuali»<sup>32</sup>.

4. In Italia il Consiglio di Stato sarà istituito nel Regno di Sardegna dapprima con funzioni consultive (Editto Racconigi dell'18 agosto 1831) e poi contenziose (legge Rattazzi del 30 ottobre 1859, n. 3707). E tuttavia, com'è noto, l'unificazione porterà all'abolizione del sistema del contenzioso amministrativo e alla devoluzione alla giurisdizione ordinaria «di tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa». Ma – come è risaputo – questo determinerà un regresso nella tutela nei confronti dell'amministrazione per la scarsa propensione dei Tribunali ordinari a conoscere liti in cui fosse parte l'amministrazione e porterà ad invocare da parte di Turiello, Minghetti, Spaventa una “giustizia nell'amministrazione”. Per quest'ultimo «non è già per indebolire l'autorità dello Stato che io propongo di sottoporre tutte le pubbliche amministrazioni ai freni più severi della giustizia, ma bensì con lo scopo di accrescerla, impedendo che si corrompano le nostre istituzioni, nelle quali solamente il popolo italiano, colla libertà, può raggiungere il suo maggiore benessere»<sup>33</sup>.

L'istituzione, con la legge 2 giugno 1889, n. 6166, della IV Sezione del Consiglio di Stato sarà determinante per la formazione del diritto amministrativo italiano. La quarta sezione andrà a definire l'eccesso di potere amministrativo (Sezione IV, 7 gennaio 1892, n. 3), sosterrà il principio del giusto procedimento (Sezione IV, 29 novembre 1895, n. 423), l'obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo (Sezione, IV, 17 maggio 1907, n. 178) ma anche asseconderà il pluralismo che mette in crisi lo Stato moderno e cerca nuovi percorsi per l'uguaglianza e la libertà<sup>34</sup>.

Non possiamo non ricordare le decisioni della IV Sezione 8 aprile 1898 e 14 marzo 1902 a favore delle donne, riconoscendosi il diritto, al pari dei colleghi maschi, di accedere alle borse di studio universitarie. Ciò perché doveva ritenersi che la legislazione scolastica parificasse i due sessi negli studi secondari ed anche superiori e «nel proteggere l'ingegno in rapporto agli studi, senza nessun speciale riguardo al sesso maschile».

<sup>32</sup> A. TRAVI, Recensione a G. Teissier, *La responsabilité de la puissance publique*, cit., p. 1022.

<sup>33</sup> S. Spaventa, *La giustizia nell'amministrazione*, Discorso pronunciato nell'Associazione costituzionale di Bergamo il 6 maggio 1880.

<sup>34</sup> Con la crisi dello Stato moderno conseguente al passaggio da una economia di tipo agricolo ad una economia industriale rappresentata in Francia da Charles Benoist, nel 1899, nel volume *La crise de l'Etat moderne* ed in Italia da Santi Romano, nel 1909, nella prolusione *Lo Stato moderno e la sua crisi* per l'inaugurazione dell'Anno Accademico della regia Università di Pisa, i rapporti tra individui, collettività, Stato si collocano nel nuovo ordine giuridico pluralista.

La protezione dei migranti italiani è oggetto poi della decisione del 17 maggio 1907. L'occasione è un giudizio intrapreso da una società di navigazione contro il provvedimento che negava l'aumento del prezzo dei noli. Per la IV Sezione «l'emigrante è un passeggero speciale che ha bisogno di una tutela speciale» e pertanto configura «il trasporto dei migranti quasi come un servizio pubblico».

Durante il fascismo il Consiglio di Stato si è trovato a dovere interpretare la legislazione razziale e le sue pronunce hanno indebolito il contenuto aberrante della normativa antisemita. L'art. 26 del r.d.l. 17 novembre 1938, n. 1728 (Provvedimenti a difesa della razza italiana) prevedeva che «le questioni relative all'applicazione del presente decreto saranno risolte, caso per caso, dal Ministro per l'interno, sentiti i Ministri eventualmente interessati, e previo parere della Commissione da lui nominata. Il provvedimento non è soggetto ad alcun gravame, sia in via amministrativa, sia in via giurisdizionale». Per il Consiglio di Stato però «non bisogna dimenticare che il ricorso agli organi giurisdizionali costituisce garanzia fondamentale concessa dall'ordinamento giuridico a ogni soggetto di diritto e che, come più volte affermato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione e di questo consesso, le norme che negano il giudice vanno, conseguentemente, interpretate con speciale cautela» (V Sezione 11 luglio 1941, n. 461).

Sempre durante il fascismo il Consiglio di Stato avrà il «coraggio», su 16.090 ricorsi proposti, di accoglierne circa 10.000, rifiutando di assecondare illegittimità o piegarsi alle esigenze dell'amministrazione.

E questo è stato rimarcato in Assemblea Costituente da Aldo Bozzi nella seduta pomeridiana della seconda sottocommissione del 9 gennaio 1947. In quella seduta si ricordano quelle «decisioni più importanti e più coraggiose del Consiglio di Stato, specie in materia di razza, di stampa e di insegnamento, prese anche nei periodi in cui il fascismo era più in auge». Concludendo che il Consiglio di Stato «conquista liberale-democratica di controllo della discrezionalità dell'amministrazione, a garanzia degli interessi dei cittadini... non abbia esaurito il suo ciclo storico» e che la sua soppressione porterebbe «nel gran mare della giurisdizione ordinaria, con la necessaria prevalenza dei giudici togati, portati per la loro conformazione mentale ad applicare rigidamente la legge anche in materia dove è necessario invece contemperare l'applicazione con la valutazione del pubblico interesse, unendo cioè alla rigidità del giudice... la duttilità dell'amministrazione».

5. Ci si chiede se quel coraggio dimostrato dal Consiglio di Stato nella prima parte del Novecento, e ricordato da Bozzi in Assemblea Costituente, abbia continuato a caratterizzare la giurisdizione amministrativa: «per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi ed in particolari materie indicate dalla legge anche dei diritti soggettivi» (art. 103 Cost.).

In passato, Fabio Merusi si è chiesto se il sistema di giustizia amministrativa «nasconde in sé angoli di inciviltà giuridica che appaiono meno scandalosi sol perché mitigati dall'assuefazione del cittadino ai privilegi ed agli abusi di chi detiene il potere»<sup>35</sup>.

La costituzionalizzazione del principio del giusto processo e la codificazione del processo amministrativo non impediranno tuttavia al giudice amministrativo di utilizzare anche di recente l'interesse pubblico per ridurre la tutela del cittadino, soprattutto in sede cautelare, decidendo «all'esito di un complessivo bilanciamento degli interessi pubblici e privati coinvolti»<sup>36</sup>; ovvero facendo prevalere le esigenze organizzative dell'amministrazione sulle pretese dei cittadini<sup>37</sup>; ovvero ancora consentendo all'amministrazione che si presenta all'udienza di merito senza avere svolto alcuna difesa tecnica, di depositare «documentati chiarimenti», rinviando per lo scopo l'udienza<sup>38</sup>; ovvero richiedendo all'amministrazione «una dettagliata relazione in cui sia rappresentato e documentato quanto sostenuto in atti» e – nella inerzia dell'amministrazione (che non deposita alcunché) – decidere senza tuttavia tenere conto del comportamento processuale di essa<sup>39</sup>; ovvero utilizzando le presunzioni che sottendono una indebita prevalenza degli interessi pubblici sulla posizione giuridica dei privati<sup>40</sup>.

Non è certo questa la sede per criticare questi orientamenti e tuttavia, nella prospettiva del presente lavoro, riteniamo che solo un “dialogo” più efficace tra Giudici e Avvocati potrà migliorare la qualità della giustizia. Antoine Mendras “*ancien*” magistrato amministrativo e Vicepresidente del Tribunale Amministrativo di Parigi scrive che l'idea che deve ispirare il funzionamento della giustizia amministrativa è «faire circuler la parole. D'abord la parole des parties au procès administratif»; specificando che i magistrati devono imparare a dialogare con le parti anche oralmente in udienza riconoscendo agli avvocati una funzione essenziale nello svolgimento del processo<sup>41</sup>.

<sup>35</sup> F. MERUSI, *L'“ingiustizia” amministrativa in Italia*, in *L'“ingiustizia” amministrativa in Italia*, Bologna, 1986, p. 10.

<sup>36</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, ord. 17 dicembre 2018, n. 6128.

<sup>37</sup> Ad esempio a fronte di una violazione che coinvolge una pluralità di soggetti: il Cons. Stato, Sez. VI, con ordinanza 3 settembre 2018, n. 5134, concede ai ricorrenti la misura cautelare della ammissione con riserva ad una procedura concorsuale; nella successiva camera di consiglio – si legge nella ordinanza n. 4592 del 24 settembre 2018 – «sono state presentati molti altri analoghi appelli cautelari di docenti che chiedono di essere anch'essi ammessi con riserva al medesimo concorso... tuttavia l'accoglimento di tali istanze comporterebbe, per l'elevato numero degli ammessi con riserva, un mutamento della natura dello stesso concorso in esame». In sostanza il numero dei ricorrenti determinerebbe un “annacquamento” della tutela.

<sup>38</sup> Tar Lazio, ord. 25 gennaio 2019, n. 1018.

<sup>39</sup> Tar Lazio, ord. n. 1186 del 22 gennaio 2024 e sent. n. 18058 del 18 ottobre 2024.

<sup>40</sup> Sulla questione vedi G. IUDICA, *Profili critici del ragionamento presuntivo nel procedimento e nel processo amministrativo*, Torino, 2024.

<sup>41</sup> A. MENDRAS, *L'Etat et ses juges. Pour une refonte de la justice administrative*, cit., p. 73.

Ed in questo contesto la Dottrina deve riscoprire lo “spirito” critico e costruttivo che un tempo esercitava ad esempio attraverso la pratica delle note a sentenza. Con la consapevolezza della complementarità: «si la jurisprudence est le résultat d’un processus théorique, le droit administratif lui-même est présenté comme une théorie de la jurisprudence»<sup>42</sup>

6. Ma altre questioni “tormentano” la giustizia amministrativa. Il giudice amministrativo del Ventunesimo secolo opera in un contesto in cui il legislatore tende ad “impadronirsi” del diritto amministrativo.

Sicché il diritto amministrativo che per tutto l’Ottocento ed il Novecento è sfuggito all’onnipotenza del legislatore, affidando il proprio evolversi alla saggia opera del giudice amministrativo, a partire dagli anni ’90 del secolo scorso, diviene oggetto di una legislazione che se in un primo tempo si è fermata ai principi (legge n. 241/90 sul procedimento e legge n. 142/90 sulle autonomie)<sup>43</sup>, ha via via soffocato l’amministrazione.

Una legislazione ipertrofica, assolutamente incerta, che neanche davanti ai giudici trova univoca interpretazione. Una legislazione che riversa sull’amministrazione e sul diritto amministrativo l’arbitrarietà della politica, inquinando il diritto e snaturandolo, allontanandolo dalla realtà concreta, per essere il prodotto delle “cancellerie” di un Ministero, parimenti distanti dalla quotidianità delle amministrazioni e dai problemi dei cittadini.

A fronte di questa simil evoluzione del diritto sostanziale, sin dalla fine degli anni ’90 del XX secolo si è assistito ad interventi piuttosto “frammentati e scoordinati” del legislatore sulla giustizia amministrativa: il d.lgs. n. 80/1998 e la l. n. 205/2000<sup>44</sup>.

In particolare, si è avuta una notevole dilatazione della giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, che ha determinato l’intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004 ed una “tensione” sui problemi relativi al riparto di giurisdizione tra Consiglio di Stato e Sezioni Unite della Cassazione<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> J. DE GLINASTY, *Les theories jurisprudentielles en droit administrative*, cit., 23. Maurice Hauriou dal 1889 per circa quarant’anni è stato un attento critico della giurisprudenza amministrativa francese, annotando tutte le principali decisioni di inizio secolo (*Cames, Canal de Gignac, Casanova, Nérès-les-Bains, Terrier, Thérond, Compagnie des Tramways, Dame Cachet*, ecc.) ma anche decisioni a prima vista di minore rilievo. Le 370 note a sentenza sono raccolte nel volume M. Hauriou, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929, D’après les notes d’arrêts du Recueil Sirey réunies et classées par André Hauriou*, Paris, Sirey 1929.

<sup>43</sup> Su queste riforme cfr. S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica. Organizzazione per autonomie e diritti dei cittadini*, Torino, 2000.

<sup>44</sup> A. TRAVI, *Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2010, p. 587.

<sup>45</sup> Su cui si rinvia a S. LICCIARDELLO, *Espropriazioni e giurisdizione*, Torino, 2005.

Queste “tensioni” determinano il Consiglio di Stato verso nuovi percorsi di effettività della tutela giurisdizionale del cittadino.

Il Consiglio di Stato alla fine del primo decennio di questo secolo approderà a ritenere che il processo amministrativo debba assicurare al cittadino il bene della vita che gli spetta in base al diritto sostanziale: abbandonando il modello impugnatorio, per rendere effettiva la pretesa sostanziale del cittadino. Ritenendo che «l'esigenza dell'effettività della tutela non può dirsi soddisfatta solo perché l'ordinamento consenta un rimedio giurisdizionale qualsiasi al diritto (o all'interesse) che si assume violato o insoddisfatto, occorrendo invece che la tutela assicuri in modo specifico l'attuazione della pretesa sostanziale»<sup>46</sup>.

Tuttavia, la consapevolezza che la costruzione giurisprudenziale del giudizio amministrativo fosse divenuta insufficiente, sollecita il Consiglio di Stato a cercare non soltanto un “*consolidamento*” ma anche una nuova legittimazione con la codificazione del processo amministrativo: una codificazione di cui «è stato protagonista il Consiglio di Stato, redattore e insieme principale destinatario del codice stesso»<sup>47</sup>.

Assistiamo alla codificazione oltre che del processo anche di settori “speciali” del diritto amministrativo (es. contratti pubblici, servizi pubblici, ambiente, beni culturali). Il che tuttavia non impedisce di perseguire una costruzione “unitaria” del diritto amministrativo e la strada non può che essere quella dei principi. Principi che rinveniamo non solo nella Costituzione, in leggi statali generali (ad es. art. 1 l. n. 241/1990), nella legislazione regionale, ma anche (forse soprattutto) nella legislazione di settore, ad esempio, in materia di servizi pubblici, ambiente, contratti pubblici, il che mette in crisi il tradizionale rapporto tra parte generale e parte speciale del diritto amministrativo<sup>48</sup>. Tutto questo porta ad un ribaltamento nel metodo e nella interpretazione che pone in crisi il sistema delle fonti e delle regole su cui si è costruito, dovendosi partire dal basso nella costruzione unitaria del diritto<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 9 febbraio 2009 n. 717. Cita il Consiglio di Stato la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 30254/2008 per cui sono «ormai definitivamente tramontate precedenti ricostruzioni della figura dell'interesse legittimo e della giurisdizione amministrativa, che il primo configuravano come situazione funzionale a rendere possibile l'intervento degli organi della giustizia amministrativa, e della seconda predicavano la natura di giurisdizione di tipo oggettivo, e dunque di mezzo direttamente volto a rendere possibile, attraverso una nuova determinazione amministrativa, il ripristino della legalità violata e solo indirettamente a realizzare l'interesse del privato».

<sup>47</sup> A. TRAVI, *Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo*, cit., p. 587 ss. per cui anche «la dialettica talvolta enfatizzata emersa in seguito all'intervento del Governo nelle ultime fasi precedenti all'approvazione, sembra essere stata in ampia misura interna al Consiglio di Stato, di cui alcuni componenti erano anche consiglieri giuridici dei Ministri intervenuti».

<sup>48</sup> Vedi *Droit administratif général et droit administratif spécial*, Association Française pour la recherche en Droit Administratif - A.F.D.A., Paris, 2024.

<sup>49</sup> Una ricostruzione dei principi generali partendo dalle autonomie territoriali è prospettata da I.M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987, p. 26 ss.:

Ed in questa costruzione del diritto amministrativo attraverso i principi, a cominciare da quello personalista e solidarista, la giurisdizione amministrativa dovrebbe “aggiornarsi”. Correttamente si è ritenuto che il prestigio del Giudice amministrativo «non è più correlato alla titolarità della funzione ma al modo con la quale essa si esercita»<sup>50</sup>. Occorre, pertanto, tirare fuori la giustizia amministrativa dalla sua matrice, per essere la giustizia più che potere dello Stato espressione della sovranità, un servizio da rendere a cittadini e imprese.

7. Le Sezioni Unite della Cassazione hanno contribuito non poco a partire dal 1999 alla costruzione di questo nuovo modo di intendere la giustizia, affrancando il rapporto cittadino-amministrazione da tratte incrostazioni che si risolvevano in privilegi del pubblico potere.

Ci riferiamo anzitutto alla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 500/1999 la quale rileva «una notevole limitazione della responsabilità della P.A. nel caso di esercizio illegittimo della funzione pubblica che abbia determinato diminuzioni o pregiudizi alla sfera patrimoniale del privato». Ed aggiunge tuttavia che «una siffatta isola di immunità e di privilegio, va ancora rilevato, mal si concilia con le più elementari esigenze di giustizia».

Vanno poi menzionate le tre ordinanze gemelle del 2006 delle Sezioni Unite della Cassazione sulla pregiudizialità amministrativa<sup>51</sup>. Per la Cassazione il risarcimento può essere disposto dal giudice amministrativo anche nel caso in cui la parte interessata si limiti ad invocare la sola tutela risarcitoria e ciò in conseguenza del modo di intendere la giurisdizione non come il complesso dei poteri attribuiti al giudice ma come azioni e tutele spettanti al cittadino.

L'ulteriore tappa è la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 4109/2007 sulla *translatio iudicii* che rifiuta una idea di giustizia che si attua all'interno di “comparti” riservati a giudici “diversi”, essendo primariamente la giurisdizione un diritto del cittadino più che un potere riservato ad un giudice. Quest'ultimo invero è chiamato a rendere un servizio, ossia giustizia, in modo effettivo. Per la Cassazione sia nel caso di ricorso ordinario ex art. 360 c.p.c., n. 1, sia nel caso di regolamento preventivo di giurisdizione proponibile innanzi al giudice ordinario, ma anche innanzi al giudice amministrativo, contabile o tributario, deve poter

«i principi, in un sistema democratico a decentramento normativo, saranno tali quanto più individuano un comune sentire giuridico che emerge anche localmente» (p. 28). Vedi pure J. DE GLINIASY, *Les theories jurisprudentielles en droit administrative*, cit., p. 207 ss.

<sup>50</sup> P. DE LISE, *La giustizia amministrativa nel 2012*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 353.

<sup>51</sup> Ordinanza n. 13659 del 13 giugno 2006, ordinanza n. 13660 del 13 giugno 2006, ordinanza n. 13911 del 15 giugno 2006.

operare la *translatio iudicii*. In tal modo si consente al processo, iniziato erroneamente davanti ad un giudice che non ha la giurisdizione indicata, di poter continuare davanti al giudice effettivamente dotato di giurisdizione, onde dar luogo ad una pronuncia di merito che conclude la controversia processuale, comunque iniziata, realizzando in modo più sollecito ed efficiente quel servizio giustizia, costituzionalmente rilevante<sup>52</sup>.

Principi di recente riaffermati dalle Sezioni Unite della Cassazione che, nel richiamare le Sez. Un. n. 5456 del 2009, evidenziano «il superamento del principio di incomunicabilità dei giudici appartenenti ad ordini diversi in favore di quello della unità della giurisdizione ai fini del servizio giustizia per la collettività (Corte cost. n. 77 del 2007)... Se ne ricava che il principio surrichiamato riguarda (e trova fondamento in) una nozione di giurisdizione intesa non in sé (come) potere di conoscere di date controversie, attribuito per una specifica parte a ciascuno dei diversi ordini dei giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma (come) potere che la legge assegna e che è conforme a Costituzione che sia assegnato ai giudici perché risulti attuata nel giudizio l'effettività dello stesso ordinamento». Precisando la Corte che questo «è il portato della prevalenza da assegnare, ai fini del servizio giustizia, all'esigenza che l'autorità giudiziaria, vista nel suo complesso, dia risposta di merito alla domanda di giustizia»<sup>53</sup>.

Il “servizio giustizia” viene riferito, pertanto, dalla Cassazione alla giurisdizione «vista nel suo complesso», rileva in sostanza per il suo “funzionamento” e per gli “utenti” di essa, anche se per questo fine sono state previste specifiche regole processuali. Si pensi all'art. 96 del c.p.c. per cui il Giudice può «condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata». Disposizione intesa dalla giurisprudenza come strumento diretto a contenere l'abuso del processo: «poiché le risorse del servizio giustizia sono scarse rispetto al fabbisogno, l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti nei singoli casi è una variabile dipendente dalla capacità del sistema giudiziario di allocare le proprie risorse in modo tale da garantire risultati medi efficienti nella gestione della massa delle controversie». Per tal motivo sono necessari «strumenti diretti a sanzionare *ex post* (con funzione anche dissuasiva pro futuro rivolta alla collettività) gli abusi della potestas agendi (che si manifestano) con un'utilizzazione del potere di promuovere la lite, di per sé legittimo, per fini diversi da quelli ai quali esso è preordinato, con conseguente

<sup>52</sup> Di questo mutato modo di concepire la giurisdizione sono testimonianza le pronunzie sul giudicato implicito sulla questione pregiudiziale di giurisdizione (Cass. Civ., Sezioni Unite 9 ottobre 2008, n. 24883) e sulla pregiudiziale amministrativa (Cass. Civ., Sezioni Unite, 23 dicembre 2008, n. 30254).

<sup>53</sup> Così in motivazione Cass. n. 5456 del 2009. Vedi Cass. civ., Sez. Unite, Ord., 6 marzo 2025, n. 5992.

produzione di effetti pregiudizievoli per la controparte, oltre che per la collettività dei cittadini utenti (attuali o potenziali) del servizio giustizia»<sup>54</sup>.

In tal modo, in tema di frazionamento del credito la Corte di cassazione, sulla traccia segnata da Cass. S.U. 23726/2007, «reputa che l'introduzione della figura dell'abuso del processo per le ipotesi di frazionamento indebito del credito secondo i principi espressi dalle Sezioni Unite anche nel 2017 avrebbe il senso di salvaguardare sia l'interesse del debitore che quello, obiettivo della efficiente utilizzazione del servizio giustizia, non potendosi giustificarsi un processo "ingiusto" in quanto frutto di abuso del processo per esercizio dell'azione in forme eccedenti, o devianti, rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale. L'abuso segnerebbe il limite, oltreché la ragione dell'attribuzione, al suo titolare, della potestas agendi»<sup>55</sup>.

Pertanto, attraverso questi istituti si persegue – per come chiarisce la cassazione – l'efficiente utilizzazione del servizio giustizia.

Anche la Corte costituzionale ha avuto modo di qualificare l'amministrazione della giustizia, servizio pubblico. Si tratta della sentenza 27 maggio 1996 n. 171 ove si affronta la questione della astensione dalle udienze. Per la Corte «l'obiettivo della legge n. 146 è la garanzia dei servizi pubblici essenziali, costruita com'è in funzione della tutela dei beni fondamentali della persona: l'art. 1, primo comma, è in tal senso emblematico, ma la restante parte della legge – nel mirare esclusivamente alla protezione dall'abuso del diritto di sciopero – non appresta una razionale e coerente disciplina che includa tutte le altre manifestazioni collettive capaci di comprimere detti valori primari. Non si può procedere a una interpretazione estensiva o analogica dei diversi meccanismi contenuti nella legge, tale da ricomprendere l'astensione dal lavoro di soggetti che non siano lavoratori

<sup>54</sup> Cass. civ., Sez. II, Ord., 2 settembre 2022, n. 25901. Nella Relazione illustrativa al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 si precisa che la previsione in questione «non risponde ad un intento punitivo o sanzionatorio, ma è la realistica presa d'atto del fatto che la giurisdizione è una risorsa limitata». Pertanto «sembra conforme al sistema far sì che il costo dell'aggravio per il servizio giustizia sia sostenuto da colui che, nonostante una prima deliberazione negativa, abbia chiesto comunque una valutazione supplementare collegiale senza che ne sussistessero fondate ragioni. Si tratti di "sanzione", o di "realistica presa d'atto" delle risorse limitate della giurisdizione, è però allora evidente che la condanna, di *default*, ai sensi del comma 3 e/o del comma 4 dell'art. 96, avrà ragione di essere solo nei confronti della parte che l'aggravio per il servizio giustizia abbia determinato con la sua istanza di decisione» (Cass. civ., Sez. III, Ord., 6 ottobre 2023, n. 28219; Cass. civ., Sez. III, Ord., 28 dicembre 2023, n. 36324; Cass. civ., Sez. III, Ord., 30 aprile 2025, n. 11365). Sul punto vedi M.G. PULVIRENTI, *Riflessioni sull'abuso del processo*, in *Dir. e processo amministrativo*, 2016, p. 1091 ss.

<sup>55</sup> Cass. civ., Sez. I, Ord., 8 febbraio 2024, n. 3643. Sul principio di coerenza delle condotte processuali e l'abuso del processo F. AULETTA, *Intervento*, in *Etica del processo e doveri delle parti*, Bologna, 2015, p. 239 ss.; F. AULETTA, *La Corte di cassazione afferma il principio di coerenza nella difesa della parte: non si può contestare il potere del giudice dal quale si è già preteso (invano) di ottenere ragione*, in *Foro it.* 2018, 3, 1, c. 986 ss.

subordinati né presentino quell'indice di "non indipendenza" che ne rivela la debolezza economica; e tuttavia, l'astensione dalle udienze di questi attori del processo, la cui presenza è necessaria, incide – in misura non minore dello sciopero del personale delle cancellerie e delle segreterie giudiziarie – sull'amministrazione della giustizia, che è servizio pubblico essenziale».

8. Il servizio giustizia ribalta l'idea di giurisdizione espressione della sovranità statale.

Va a tal proposito ricordato che tradizionalmente la giurisdizione costituisce una prerogativa della sovranità statale tanto che si sono visti sempre con sospetto gli strumenti alternativi alla giurisdizione statale. Ad esempio, il Ministro guardasigilli Dino Grandi nel 1940 nel discorso alla Commissione delle assemblee legislative per la riforma dei codici, definisce deleterio l'arbitrato, risolvendosi in una menomazione e in una corrosione non solo del prestigio dello Stato, ma di quella 'unità della Giustizia', che è alla base fondamentale della struttura stessa dello Stato Sovrano<sup>56</sup>. Ancora negli anni Sessanta la Corte costituzionale, per conciliare l'istituto dell'arbitrato con il monopolio della giurisdizione statale, ha ritenuto che il lodo emanato dagli arbitri si colleghi al decreto di esecutorietà del giudice dello Stato e solo per questo diventa sentenza arbitrale<sup>57</sup>.

Lo sgretolamento del monopolio statale sulla giurisdizione, la tendenza alla de-localizzazione della giurisdizione o de-territorializzazione del potere giudiziario di cui parla la dottrina processual-civilistica<sup>58</sup>, apre a nuovi modelli di giustizia che corrispondono a bisogni di tutela più prossimi ed adeguati a cittadini ed imprese<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> C. PUNZI, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizione dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 1 ss.

<sup>57</sup> Corte costituzionale, 12 febbraio 1963, n. 2. Vedi G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*, in *Corriere giuridico*, n. 1/2014, p. 91 ss.

<sup>58</sup> N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, 2007.

<sup>59</sup> Se ad esempio guardiamo all'ordinamento UE rinveniamo una pluralità di strumenti di tutela, diversi da quello giurisdizionale: i ricorsi amministrativi interni all'agenzia della sicurezza aerea, all'ufficio dell'unione europea per la proprietà intellettuale, quelli creati nel sistema di governance bancaria e finanziaria dell'unione, le procedure di ricorso dinanzi al garante europeo dei dati personali e le istanze presenti nello spazio di giustizia, libertà e sicurezza. Invero abbiamo affastellato procedure eterogenee, che tuttavia hanno in comune la finalità di rappresentare risposte efficaci – o meglio adeguate – ad istanze di tutela.

Anche nell'ordinamento interno rilevano tendenze similari. Si pensi alla riforma del risparmio del 2005 che ha portato alla costituzione presso la Banca d'Italia di un sistema di risoluzione delle controversie (ABF), per la soluzione delle liti tra clienti ed intermediari aventi ad oggetto operazioni e servizi bancari e finanziari. Così come il nuovo organismo per la risoluzione delle controversie finanziarie (ACF) costituito a seguito del recepimento della Dir. 2013/11/UE per occuparsi della risoluzione delle controversie insorte tra gli investitori ed intermediari per la violazione da parte di questi ultimi degli obblighi di informazione, di correttezza e di trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori.

In sostanza, ciò che rileva è l'adeguatezza della risposta alla domanda di giustizia, spostandosi così la prospettiva di analisi al "servizio giustizia"<sup>60</sup> nei confronti del quale anche il legislatore sposta l'attenzione.

Basti riflettere sulla circostanza che nell'ambito del piano nazionale di ripresa e resilienza si adottano misure al fine rendere più efficiente e meno lento il *servizio giustizia*<sup>61</sup>.

Anche il Giudice amministrativo considera questa prospettiva preoccupandosi della «credibilità del servizio giustizia»<sup>62</sup> predicando la «unitarietà del servizio giustizia»<sup>63</sup> ritenendo che «l'introduzione del P.A.T. abbia generato in tutte le parti del giudizio, in relazione ai suoi obiettivi di potenziamento e velocizzazione del servizio giustizia ai fini di una maggiore effettività della tutela»<sup>64</sup>. Richiamando il servizio giustizia nelle decisioni su giudizi azionati da magistrati aventi ad oggetto il sindacato sulla valutazione<sup>65</sup>, la legittimi-

<sup>60</sup> S. LICCIARDELLO, *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 797 ss. Vedi pure G.D. COMPORI, *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, cit., p. 7 ss.; M. CLARICH, *Stato di diritto ed efficienza della giustizia amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, p. 415 ss., per cui il "miglioramento dell'efficienza della giustizia amministrativa e della qualità del servizio reso ai cittadini". In senso critico R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «cavalieri» dell'apocalisse*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 106 ss.; C.E. GALLO, *Servizio e funzione nella giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, p. 73 ss. per cui «se, come indiscusso, il servizio pubblico è il servizio erogato dall'amministrazione: la giustizia amministrativa è giurisdizione, così come la letteratura ha sottolineato con forza segnalando che il giudice amministrativo, sia pure in un quadro legislativo e costituzionale in parte diverso, gode delle stesse garanzie e fornisce la stessa tutela che fornisce il giudice ordinario». Il ricorso alla nozione di servizio pubblico non è ritenuto di utilità per realizzare un processo efficiente da F. MERUSI, *Sulla giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza) a 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, in *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, p. 233 ss. Nello stesso senso R. CARANTA, *I paradigmi europei di efficienza della tutela in via amministrativa e i principi sovranazionali in materia di giurisdizione*, ivi, p. 67 ss.; I. Pagni, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, ivi, p. 85 ss.

<sup>61</sup> Obiettivi ripresi da ultimo con il decreto-legge 8 agosto 2025, n. 117, mosso dalla «straordinaria necessità e urgenza di introdurre disposizioni che incidono sull'organizzazione giudiziaria e sul processo civile per agevolare il raggiungimento degli obiettivi previsti dal piano nazionale di ripresa e resilienza entro il termine del 30 giugno 2026».

<sup>62</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 9 gennaio 2019, n. 214; Consiglio di Stato, Sez. III, 27 settembre 2018, n. 5551; Cons. St., Sez. V, 6 settembre 2017, n. 4215.

<sup>63</sup> Consiglio di Stato, Sez. VII, 24 marzo 2023, n. 3030; Consiglio di Stato, Sez. V, 6 settembre 2017, n. 4216.

<sup>64</sup> Consiglio di Stato, Sez. VII, 8 luglio 2022, n. 6213.

<sup>65</sup> Consiglio di Stato, Sez. VII, 30 gennaio 2025, n. 367 per cui «Le evidenze in atti, invero, denotano carenze nelle capacità di gestione e programmazione dei ruoli attraverso il ricorso a rinvii sistematici e ingiustificati, alcuni addirittura a data da stabilire in futuro e, quindi, sine die, con la conseguenza che tale modus operandi si riverbera negativamente oltre che sulla percezione di efficienza dell'ufficio giudiziario sulla qualità del servizio giustizia».

tà di sanzioni disciplinari<sup>66</sup>, situazioni di incompatibilità<sup>67</sup>, il rapporto di servizio<sup>68</sup>. Ovvero per interpretare istituti processuali: i limiti dimensionali degli atti processuali<sup>69</sup>, la richiesta del Giudice alla parte di dichiarare la permanenza all'interesse al ricorso<sup>70</sup>, la *transiatio iudicii*<sup>71</sup>, l'accesso alla

<sup>66</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 12 febbraio 2018, 854.

<sup>67</sup> Consiglio di Stato, Sez. VII, 21 dicembre 2023, n. 11075 per cui «la tesi difensiva secondo cui l'appellante era esclusivamente domiciliatario, a titolo di mera cortesia, per alcune cause assistite in realtà da altri difensori non appartenenti al medesimo Foro, non risulta decisiva ai fini della decisione, in quanto la predetta circostanza, non controversa fra le parti, indipendentemente dalla natura solo formale e dal titolo solo gratuito dei mandati defensionali ricevuti, ed indipendentemente dal mancato concreto svolgimento di specifici atti processuali, comunque legava pubblicamente il nome dell'appellante, quale avvocato del libero foro, ad alcune parti in giudizio presso i medesimi uffici giudiziari ove il medesimo appellante svolgeva la propria attività di giudice onorario, funzione, questa, implicante al contrario una posizione – ma anche un'immagine rispetto agli utenti del servizio giustizia- di assoluta ed imparzialità rispetto a tutte le parti in giudizio».

<sup>68</sup> Consiglio di Stato, Sez. VII, 1 agosto 2024, n. 6905 per cui «le esigenze personali prospettate dal magistrato non possono risolversi in un ostacolo al buon funzionamento del servizio giustizia, dovendo il lavoro del magistrato svolgersi in condizioni di apprezzabile serenità ed efficienza, essendovi apposite soluzioni consentite dall'ordinamento giudiziario per potersi assentare temporaneamente dal servizio, quali congedi straordinari e aspettative per motivi familiari».

<sup>69</sup> Consiglio di Stato, Ad. Plen., 13 marzo 2025, n. 3 per cui «la nuova formulazione – nel prevedere che nel caso di superamento dei limiti dimensionali il giudice possa disporre il pagamento di una somma commisurata, nel massimo, al doppio del contributo unificato e, “ove occorra”, anche in aggiunta a quello già versato – ha inteso bilanciare due contrapposti interessi: – quello del privato a esercitare nella maniera più ampia e ritenuta più congrua il proprio diritto di difesa; – quello pubblico a evitare negative incidenze sul “servizio giustizia”, rilevando il principio di ragionevole durata del processo, fissato dall'art. 111 Cost., che trova attuazione, per il giudizio amministrativo, negli artt. 2, comma 2 e 3, comma 2, del c.p.a. (Cons. Stato, Sez. IV, 25 gennaio 2017, n. 295, e 10 giugno 2014, n. 2963; Sez. V, 30 novembre 2015, n. 5400)».

<sup>70</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 05 giugno 2023, n. 5477 per cui «l'invito rivolto alla parte, mediante la menzionata comunicazione, a depositare una nuova istanza di fissazione congiuntamente sottoscritta non rappresenta un inutile aggravamento processuale, rispondendo alla finalità di “selezionare” le domande di tutela giurisdizionale per le quali permanga l'interesse del promotore al relativo accoglimento, onde assicurare l'erogazione del servizio “giustizia” nei soli casi per i quali essa si renda effettivamente utile e necessaria (Cons. Stato, sez. III, 25 maggio 2023, n. 5166)».

<sup>71</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 marzo 2021, n. 2544 per cui «la *transiatio iudicii*, che comporta la salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda giudiziale, è applicabile anche nel regime antecedente all'entrata in vigore della legge n. 69 del 2009 (art. 59). E a tale soluzione si perviene “utilizzando gli strumenti ermeneutici”, atteso che, ai sensi dall'art. 125 disp. att. c.p.c., il giudizio riassunto prosegue tra le parti originarie, indipendentemente da chi abbia assunto l'iniziativa di provvedere ai relativi incompetenti. Il principio opera inoltre anche nei rapporti tra diverse giurisdizioni e pure con riferimento alle pronunce declinatorie di giurisdizione dei giudici di merito, atteso che, da un lato, le differenze di organizzazione tra il giudice ordinario e l'altra giurisdizione non possono incidere sull'efficienza e sull'efficacia del servizio giustizia».

giustizia<sup>72</sup>. Ed infine per legittimare l'accesso ad atti del CSM<sup>73</sup> ed occupandosi dell'organizzazione della giustizia<sup>74</sup>.

Il Presidente del Consiglio di Stato Paolo Salvatore nel discorso di insediamento del 14 febbraio 2008 rappresenta una giustizia al servizio dei cittadini: «lo siamo sempre stati e vogliamo ancora più oggi essere cioè interpreti autentici di quel dettato costituzionale che chiede alle istituzioni ed ai poteri dello Stato di farsi interpreti della volontà e della sovranità popolare». Parimenti Pasquale De Lise nel discorso di insediamento del 22 settembre 2010 garantisce l'impegno della giurisdizione amministrativa ad un'unica stella polare: «non quella dell'esercizio del "potere", bensì quella del "servizio" nei confronti di coloro per i quali la giustizia amministrativa opera: i cittadini e le imprese che pretendono tutela, le amministrazioni che sono interessate alla verifica della legittimità del loro operato. Il mio primo obiettivo è quello di contribuire a rendere sempre più efficace il servizio giustizia».

Con una necessaria precisazione: come già evidenziato nel precedente paragrafo, l'utilità che caratterizza il servizio pubblico non è l'esito del singolo processo che, per il ricorrente può essere favorevole ovvero sfavorevole, quanto piuttosto l'esercizio della giurisdizione, il fare giustizia garantendo accessibilità ad essa, la comprensibilità delle decisioni, l'efficienza, ma soprattutto la qualità. A tal proposito si è oltremodo bene evidenziato che non ci si deve muovere dall'esito della decisione giudiziaria «ma piuttosto

<sup>72</sup> Consiglio di Stato, Sez. II, 27 maggio 2025, n. 4610. Vedi anche Consiglio di Stato, Sez. V, 24 novembre 2016, n. 4958 che stigmatizza l'esperienza di un magistrato titolare di un incarico semidirettivo che «non è stata soddisfacente sotto profili che... sono consustanziali alla funzione di organizzazione e di direzione dell'unità interna all'ufficio giudiziario: la capacità di relazionarsi con i magistrati e di coordinarne l'attività, e di porre in questo modo le condizioni perché il c.d. "servizio giustizia" sia adeguato e in grado di produrre risultati in termini di efficienza».

<sup>73</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2093 per cui «anche per gli aspetti organizzativi degli uffici giudiziari, la normativa sull'accesso mira a rendere visibile una 'casa di vetro', all'interno della quale gli utenti del servizio giustizia possono verificare se gli atti – anche quelli dell'organo di autogoverno aventi come destinatari diretti i magistrati e come destinatari indiretti le parti dei giudizi di cui essi siano incaricati – risultino rispettosi dei principi di efficienza e del buon andamento desumibili dall'art. 97 della Costituzione... l'utente del servizio giustizia ha titolo ad ottenere copia degli atti amministrativi che in qualsiasi modo abbiano distolto il magistrato dalla trattazione della causa in cui egli sia parte, anche quando si tratti di atti riguardanti l'attività pubblica ed istituzionale di organizzazione e la frequenza dei corsi di aggiornamento per magistrati».

<sup>74</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, 10 dicembre 2009, n. 7737 per cui «come ben evidenziato dalla sentenza impugnata, la legge n. 374 del 1991 conferisce all'Amministrazione il potere di razionalizzare l'organizzazione degli uffici giudiziari del giudice di pace, individuando l'opportuno punto di contemperamento fra le contrapposte esigenze di una capillare diffusione sul territorio del servizio giustizia e di una ottimale gestione delle limitate risorse materiali e organizzative disponibili».

sto le modalità di svolgimento con le quali alla stessa si giunge nell'ambito del sistema della giustizia amministrativa»<sup>75</sup>.

In questo senso la relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Luigi Maruotti del 3 febbraio 2025 per cui «il prestigio del giudice, anche di quello amministrativo, non è e non può essere direttamente proporzionale al consenso che può suscitare una sua pronuncia, ma deriva dal costante rispetto del proprio ruolo, conseguente alla consapevolezza dell'importanza della propria funzione al servizio della collettività».

9. Con l'avvento dello stato democratico la giustizia diviene la prima declinazione della democrazia e la giurisdizione porta in sé l'idea di giustizia da rendere al cittadino che si rivolge ad un Giudice per un torto che pensa di avere subito, per una pretesa che intende soddisfare.

Questa idea già emerge dall'art. 101 comma 1 della Costituzione. La giustizia amministrata in nome del popolo rappresenta un ribaltamento del modo di intendere la giurisdizione/giustizia: dalla parte del cittadino piuttosto che del potere che la esercita.

Questa prospettiva è avvertita anche oltre i confini del diritto.

Ad esempio in architettura. Il nuovo Tribunale di Parigi, costruito a Porte de Clichy, è un imponente edificio di 38 piani di vetro e acciaio, entrato in funzione nel 2018, che riunisce in un unico luogo quasi tutte le giurisdizioni giudiziarie di primo grado parigino. Il suo progettista è l'architetto Renzo Piano il quale in una intervista a *Le monde* del 18 febbraio 2012, dice che ha voluto rompere con l'architettura della paura ispirata alle chiese nel XIX secolo: «Quand tu vas dans un palais de justice, tu es fragilisé. Il faut suggérer la confiance. Nous avons imaginé un bâtiment qui soit plus serein, plus accessible, plus transparent, moins méchant... L'architecture de l'église, c'est la peur. Nous ne voulions pas tomber dans le piège de l'arrogance, de l'agressif, de l'intimidant. D'autant que tu montes en hauteur, tu es confronté à la rhétorique de la force, de la puissance, du symbole phallique, du priapisme! Un palais pour la justice occupe une des fonctions les plus importantes de la civilisation».

La città, allora, per Renzo Piano non si identifica solo con i luoghi che tradizionalmente la rappresentano (musei, teatri, servizi) ma anche con il

<sup>75</sup> G.F. LICATA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, cit., p. 182, il quale continua «l'accrescimento qualitativo delle modalità con cui una decisione viene resa, d'altra parte, incide anche sulla qualità del suo contenuto. Così, accanto alla rapidità del decidere, e oltre ovviamente ad elementi strutturali come l'indipendenza e l'imparzialità del giudice, possono identificarsi componenti, tra gli altri, ulteriori come lo sviluppo del contraddittorio, il farsi della decisione all'interno di un contesto (dato dall'insieme di più decisioni) caratterizzato da coerenza e razionalità».

Tribunale, il quale deve anzitutto trasmettere un senso di affidabilità. In sostanza umanizzare questo luogo nel senso forte del termine, vale a dire non solo rendendolo meno intimidatorio, ma facendone un luogo in cui si sollecitano le capacità dell'uomo, la parola, la promessa, l'impegno, l'ascolto<sup>76</sup>.

10. I nuovi percorsi della democrazia declinata nella giustizia, il radicamento della giustizia nella società (art. 101, comma 1, Cost.) al pari dell'amministrazione (art. 98, comma 1, Cost.), rendono prioritario garantirne l'accesso e assicurarne la qualità, ponendo in primo piano la questione dell'(attività di) organizzazione del servizio giustizia.

Ed in questo contesto si colloca il tema della divulgazione della giurisprudenza, noto in Francia, ma di recente studiato anche in Italia.

Si è correttamente ritenuto che con la locuzione divulgazione della giurisprudenza «ci si propone di identificare l'azione, o il complesso di azioni, che consentono la diffusione tra il "pubblico" (non solo di un caso singolo ma) della giurisprudenza, e cioè di un insieme di pronunce a un plesso giurisdizionale riferibili»<sup>77</sup>. Pertanto, una funzione di informazione strumentale a migliorare la qualità dell'esercizio della funzione giurisdizionale, esprimendo peraltro «una dimensione relazionale che è in grado di incidere non solo sulla percezione dello stesso dato giuridico di base, ma anche sulla effettiva consistenza di determinati orientamenti, sulla rilevanza dei precedenti, fino alla stessa ricostruzione degli istituti del diritto amministrativo»<sup>78</sup>.

Sotto questo profilo è molto utile l'esperienza del *Conseil d'État* che

<sup>76</sup> Vedi sul punto O. DUFOUR, *La justice en voie de déshumanisation*, Paris, 2021, p. 17 ss.

<sup>77</sup> G.F. LICATA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, cit., p. 134, il quale continua «Tale attività, d'altra parte, può variamente caratterizzarsi, e dunque essere distintamente catalogata o qualificata. Può infatti dimostrarsi "meccanica", e quindi meramente riproduttiva del medesimo dato giurisprudenziale, così come può esprimere una "sintesi" dello stesso, ad esempio, ancorché evidentemente non solo, attraverso la massimazione. Può essere generale così come settoriale, in questo caso concernendo uno o più specifici ambiti d'interesse. Può anche manifestarsi con connotati sistematici e financo scientifici, allontanandosi così dalla mera descrizione per più direttamente contribuire alla costruzione del sapere giuridico. Inoltre, le modalità mediante le quali la giurisprudenza amministrativa viene (non semplicemente divulgata ma) «comunicata», debbono ritenersi idonee a incidere sulla stessa conformazione dell'esperienza giuridica, che si ritrova per ciò implementata dal rapporto di circolarità che viene a determinarsi tra il momento della produzione giuridica e la sua divulgazione, e ciò soprattutto in quanto tale ultima attività risulti essere istituzionalizzata e, per ciò, stabilmente organizzata».

<sup>78</sup> G.F. LICATA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, cit., p. 164. Per quest'Autore «la funzione informativa della divulgazione istituzionale della giurisprudenza evolve quindi in una dimensione comunicativa a partire dalla quale si determina un processo relazionale tra la giustizia amministrativa e la sua «utenza», potenzialmente idoneo a introdurre, anche in ragione dello strumento utilizzato, itinerari inediti sia per la stessa consistenza del diritto amministrativo che per la connotazione democratica del "suo" sistema di giustizia».

a partire dal 2023 ha posto la questione di come colmare il divario tra le aspettative degli utenti della giustizia e la giurisdizione amministrativa.

Nella relazione 2023 del *Conseil d'État* «Le dernier kilomètre des politiques publiques» sono state avanzate delle proposte per superare quello che si definisce *le dernier kilomètre*, così da consentire alla giustizia amministrativa di raggiungere i destinatari; in particolare per la giurisdizione amministrativa «poursuivre l'objectif de simplification de la vie de ses usagers à travers la simplification du langage, la mise en place d'une plateforme complétant les boîtes à idées et des retours d'expérience et de satisfaction des usagers».

La proposta n. 7 si muove verso la “divulgazione” della giustizia amministrativa attraverso un «français facile à lire et à comprendre (FALC)».

Al fine di fare pienamente comprendere le proprie decisioni, il *Conseil d'État* si è mosso raffinando la motivazione, rendendola facilmente comprensibili<sup>79</sup>, utilizzando uno stile diretto e chiaro, evitando lunghe decisioni poco intelleggibili<sup>80</sup>.

Nella stessa direzione il Presidente del Consiglio di Stato Luigi Maruotti che, per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2024, ha detto: «la chiarezza deve essere un obiettivo di ogni pronuncia del giudice amministrativo, nell'interesse di tutte le parti del giudizio. Le pronunce del giudice amministrativo orientano la successiva attività dell'Amministrazione, in armonia con l'articolo 100 della Costituzione. Soprattutto quando il quadro normativo risulta complesso e poco chiaro, il giudice amministrativo deve evitare che sorgano questioni interpretative sul contenuto della sua pronuncia: un'ordinanza cautelare o una sentenza devono 'semplificare', devono risolvere le questioni e non devono farne sorgere altre. La sua decisione deve il più possibile essere comprensibile dai cittadini, che ne sono i destinatari, e deve fissare con chiarezza la regola iuris alla quale dovrà attenersi la parte soccombente. Quanto più rapida, coerente, comprensibile e adeguata alla realtà è la risposta data alla domanda di giustizia, tanto maggiore è la sua efficacia». Tema già affrontato per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2023. In quell'occasione il Presidente del Consiglio di Stato ebbe a dire che

<sup>79</sup> Sottolinea C. TEITGEN-COLLY, *Avant-propos*, in *Les figures du juge administratif, Les figures du juge administratif*, sous la direction de C. Teitgen-Colly, Paris, 2015, p. 3 ss. «une méthode les accompagnant et qui, visant à leur transmission, implique une volonté de l'émetteur de se faire comprendre et d'être compris par le récepteur».

<sup>80</sup> Si è sottolineato che «une juridiction ne peut descendre dans l'arène pour répliquer à une contestation de ses décisions qui serait fondée sur une lecture erronée de ce qu'elle a jugé, il faut qu'elle prévienne les incompréhensions. Pour le reste bien sûr, dans une démocratie, les critiques des jugements sont possibles, avec la limite qu'elles ne sauraient déborder sur la remise en cause de l'autorité de la chose jugée ou de la légitimité de la juridiction» (*Conseil d'État, Rapport public 2025, Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, Paris, 2025, p. 83).

“Occorre innanzitutto uno sforzo di chiarezza. Le nostre decisioni sono date in nome del Popolo e si rivolgono essenzialmente alla Pubblica amministrazione e a quanti entrano in contatto con essa. Un linguaggio chiaro e un argomentare sintetico, che facciano capire con immediatezza le ragioni della decisione, saranno in grado di tracciare le linee interpretative di indirizzo, ponendo in tal modo le basi per una applicazione giusta ed eguale delle regole per tutti i consociati... Più le nostre decisioni saranno linguisticamente alla portata di tutti, più il Giudice amministrativo sarà inteso non come un giudice lontano, ma come il giudice di ogni parte in lite»<sup>81</sup>.

Comprensibilità quindi, anche attraverso la sinteticità e la chiarezza, che valorizzano la “qualità” della giustizia come servizio. Con la consapevolezza che il Giudice Amministrativo quando decide non risolve una questione *de meo et de tuo*. Infatti, la decisione per un verso è chiamata ad indirizzare l’azione amministrativa, per altro verso è al servizio della sicurezza e della coerenza dell’ordine giuridico, in funzione di certezza per cittadini, imprese e dei loro rapporti con le amministrazioni.

Pertanto, correttamente, olttralpe si è ritenuto che «le juge administratif ne se contente pas de communiquer à l’égard des parties au litige. D’un cote, il communique à l’égard des avvertis, c’est-à-dire des professionnels du droit. De l’autre, il communique à l’égard du grand public»<sup>82</sup>.

Quindi, i nuovi percorsi della democrazia declinata nella giustizia come servizio portano a fare ritenere necessario che occorra «faire circuler la parole des magistrats à l’intérieur mais aussi à l’extérieur de la juridiction»<sup>83</sup>. In questa direzione il *Conseil d’État* dal 2023 indirizza con la *lettre de la justice administrative* a professionisti, amministrazioni, collettività, studenti una selezione di giurisprudenza amministrativa ed inoltre per facilitarne l’accesso alla giustizia cura la pubblicazione di *brochure*<sup>84</sup>. In Italia sul sito istituzionale della Giustizia amministrativa, sono segnalate le sentenze più importanti che, pubblicate, consentono di far conoscere la giurisprudenza non soltanto ai cultori della materia, ma a tutti i cittadini.

<sup>81</sup> Per il Presidente del Consiglio di Stato Patroni Griffi «Comunicare la giustizia significa svolgere un servizio a favore dei cittadini» (Inaugurazione dell’anno giudiziario 2021) e per l’inaugurazione dell’anno giudiziario 2020 ha detto: «Sempre più importante, nel campo della comunicazione, è il ruolo svolto del Sito istituzionale della giustizia amministrativa che costituisce il primo contatto tra noi e i cittadini e che – oltre a pubblicare informazioni “di servizio” e tutte le decisioni pubblicate nella giornata – ha ormai assunto le caratteristiche di una rivista giuridica *on line*».

<sup>82</sup> O. RENAUDIE, *La communication du juge administratif à l’égard du grand public*, in *Les figures du juge administratif*, cit., p. 125 ss.

<sup>83</sup> A. MENDRAS, *L’Etat et ses juges. Pour une refonte de la justice administrative*, cit., p. 74.

<sup>84</sup> *Conseil d’État, Rapport public 2025, Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, cit., p. 491.

Si vuole in tal modo “avvicinare” la giustizia ai cittadini e questo si realizza anche favorendone l’ascolto.

In Francia la proposta n. 5 dello studio *le dernier kilomètre* rimarca la necessità di ascoltare gli utenti. Così, il *Secrétariat général du Conseil d’État* ha messo in linea una piattaforma che permetterà di raccogliere le opinioni ed i suggerimenti degli utenti del servizio pubblico della giustizia amministrativa<sup>85</sup>. Ma anche favorendo un coinvolgimento della società con la diffusione di un documentario sul giudizio amministrativo, coinvolgendo i liceali in un processo simulato e con la distribuzione di un opuscolo, “*Quelle histoire?*” che spiega la funzione del *Conseil d’État* ai giovani studenti che visitano questa istituzione.

In tal modo assistiamo ad un progressivo e maggiore radicamento della giurisdizione nella società e nei territori.

In simil direzione va letta l’istituzione in Francia nel 2023 all’interno dei Tribunali amministrativi e delle Corti amministrative d’appello dei *Conseils de juridiction*. Per l’art. 312-9 dell’ordinamento giudiziario introdotto dalla l. n°2023-1059 del 20 novembre 2023 «le conseil de juridiction placé auprès de la cour d’appel est un lieu d’échanges et de communication entre la juridiction et la cité, dont les missions, la composition, l’organisation et le fonctionnement sont fixés par décret en Conseil d’État. Les députés et les sénateurs élus dans une circonscription située dans le ressort de la cour d’appel sont invités à participer au conseil de juridiction». Innovazione ritenuta un passo significativo che ispira ottimismo ma che «doit inciter à ne pas relâcher la vigilance citoyenne»<sup>86</sup>.

La divulgazione non si risolve nella questione della massimazione o della pubblicazione di provvedimenti di un certo rilievo<sup>87</sup> ma riguarda anche la creazione di banche dati che possano indirizzare la decisione amministrativa. Ad esempio, il Presidente del Consiglio di Stato Luigi Maruotti ha formulato una proposta all’interno dell’ACA-Europe, ovvero l’associazione delle Corti supreme amministrative dei 27 Stati membri dell’Unione Europea, sollecitando la realizzazione di una banca dati, facilmente accessibile, composta dalle sentenze delle Corti supreme amministrative, che si sono pronunciate sulla portata delle disposizioni europee applicabili nel territorio di tutti gli Stati membri.

La dottrina ha correttamente evidenziato che la divulgazione «non interessa solo la struttura e il linguaggio inerente all’esercizio dell’attività giurisdizionale propriamente detta... non può considerarsi limitata alla

<sup>85</sup> *Conseil d’État, Rapport public 2025, Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, cit., p. 492.

<sup>86</sup> A. MENDRAS, *L’Etat et ses juges. Pour une refonte de la justice administrative*, cit., p. 75.

<sup>87</sup> Su cui vedi G.F. LICATA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, cit., p. 145 ss.

sola reperibilità sul sito istituzionale di provvedimenti che costituiscono l'espressione dell'esercizio della giurisdizione, ma invece si concretizza in un insieme più articolato di atti e di azioni, che possono risultare idonee ad evidenziare alcuni aspetti, in luogo di altri, dell'attività giurisdizionale posta in essere»<sup>88</sup>.

Questi percorsi democratici della giurisdizione richiedono nuove attenzioni in quanto occorre che siano pubblici chiari ed intellegibili, oltre la ulteriore necessità ed attenzione alla deontologia che, come abbiamo già detto, deve accompagnare il Giudice amministrativo nell'evoluzione delle interazioni che stabilisce con i diversi attori del sistema: società, politica, amministrazione<sup>89</sup>.

11. È stata diffusa tra l'Ottocento ed il Novecento la definizione della giustizia amministrativa quale «complesso degli istituti, di qualunque natura, diretti ad assicurare l'osservanza da parte dell'amministrazione dei limiti imposti all'esercizio della sua attività»<sup>90</sup>.

La Costituzione repubblicana colloca, però, la giustizia amministrativa fra gli strumenti di garanzia del cittadino<sup>91</sup> sicché più correttamente la giustizia amministrativa si identifica con «i mezzi concessi dall'ordinamento giuridico ai singoli per difendere le proprie posizioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione»<sup>92</sup>.

Pertanto, ricomprende sia «gli strumenti di reazione giurisdizionale» sia «i mezzi di tutela operanti all'interno della stessa amministrazione (ricorsi amministrativi)»<sup>93</sup>.

In sostanza, la giustizia amministrativa designa tutti gli strumenti diretti ad assicurare la tutela dei cittadini nei confronti dell'amministrazione, i quali non sempre rivestono carattere giurisdizionale.

Così facendo si tiene distinta la giustizia amministrativa dalla giurisdizione amministrativa per ricomprenderla necessariamente, ma senza esaurirsi in essa<sup>94</sup>.

<sup>88</sup> G.F. LICATA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, cit., p. 138.

<sup>89</sup> Sul punto vedi L. RAGIMBEAU, *La déontologie du juge administratif*, cit. Nella relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2025 il Presidente Maruotti ha posto la questione dei sistemi di reclutamento e dell'etica dei giudici amministrativi.

<sup>90</sup> E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942, p. 1.

<sup>91</sup> G. ROEHRSEN, *La giustizia amministrativa nella Costituzione*, Milano, 1988.

<sup>92</sup> A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1991, p. 1187.

<sup>93</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, p. 1.

<sup>94</sup> Anche nella manualistica si preferisce giustizia amministrativa a diritto processuale amministrativo A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2018. Sul rilievo del principio del giusto processo e del rapporto tra giurisdizione e giustizia vedi M.G. PULVIRENTI, *Profili giuridici della funzione amministrativa*, Milano, 2013, p. 173 ss. ed ivi indicazioni bibliografiche ulteriori.

La nozione di giustizia amministrativa che ne viene fuori è corretta, ma non sufficiente per intercettare pienamente l'evoluzione dell'ordinamento.

Sarà Giorgio Berti a dare della giustizia amministrativa una definizione aggiornata al mutamento dei rapporti tra Stato e cittadino, portato del riconoscimento di diritti e libertà, «come insieme, normativo e organizzativo, distaccato da un comune ceppo di organizzazione giustiziale, di regole di processo e di giudizio... come norme e come mezzi costruiti per conoscere e sigillare e poi sanzionare gli infiniti rapporti dell'uomo con l'ambiente sociale nel quale egli vive»<sup>95</sup>.

Si conferma allora l'utilità di una nozione autonoma di giustizia amministrativa che – come osservato di recente – «oltre a continuare a ricomprendere tutti i meccanismi di composizione non giurisdizionale delle controversie, include altresì tutto un insieme di attività preliminari, di supporto ovvero di implementazione a quella giurisdizionale propriamente detta»<sup>96</sup>.

Quindi una “struttura” nella quale la giurisdizione deve sempre esercitarsi, e la cui attività è ancillare all'esercizio della giurisdizione stessa.

In conclusione, la giustizia amministrativa, che ha la vocazione democratica per assicurare/garantire la tutela di cittadini e delle imprese nei confronti delle pubbliche amministrazioni, non può esaurirsi oggi nel processo amministrativo (e gli altri strumenti di tutela non giurisdizionali), ma deve ricomprendere tutto ciò che sia riconducibile al servizio giustizia per garantire la qualità della giurisdizione amministrativa che si attua mediante il giusto processo.

Abbiamo così un rinnovato significato della giustizia amministrativa fatta di “servizio” e di “processo”.

<sup>95</sup> G. BERTI, *Corso breve di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, p. 7.

<sup>96</sup> G.F. LICATA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, cit., p. 23 Questo autore prospetta «una nozione di giurisdizione amministrativa distinta e non confusa con quella di giustizia amministrativa». Il che «permette così di continuare a distaccare teoricamente le vicende del processo, mantenendo rigore concettuale e metodologico alla sua analisi. Ma permette anche di identificare come problemi di «amministrazione» della giustizia amministrativa tutte quelle vicende che, a prescindere dalla loro allocazione, non sono inquadrabili come attività giurisdizionali (propriamente dette) ancorché risultino (funzionalmente) dirette a supportare l'esercizio della giurisdizione. In una accezione più ampia, e se si vuole atecnica, si può comunque continuare a utilizzare la locuzione giustizia amministrativa in un senso che ricomprende le une e le altre, purché però si mantengano ferme al suo interno le specificità del più ristretto concetto di (esercizio della) giurisdizione amministrativa, attuata attraverso il processo».

Sono molto grata ai colleghi Sebastiano Licciardello e Giovanni Licata per avermi invitata oggi a partecipare a questo convegno su un tema che, emerge già dalla lettura del programma, stimola riflessioni, anche in chiave critica, sul passato, sul presente e sulle prospettive future della giustizia amministrativa.

L'affettuosa e calorosa accoglienza dei colleghi riporta in me ricordi indelebili legati ad Ignazio Marino, un grande e stimato giurista, un "galantuomo", la cui generosità umana prima che il rilievo scientifico ne sottolinea il carisma di Maestro.

Il convegno, il cui titolo è già indicativo della *ratio* che lo sottende, «Prospettive future della giustizia amministrativa», ha ad oggetto un tema sicuramente di grande importanza e attualità. Non è un caso infatti se le parole chiave, indicate nel sottotitolo, siano: «Efficienza, qualità e nuove tecnologie».

Che la giustizia amministrativa sia una funzione, sia pure non in senso proprio – ossia come indirizzata ad un fine specifico, essendo infatti il suo scopo il «raggiungimento dell'interesse generale obiettivo della giustizia» – non sembra revocabile in dubbio, ma fondamentale è in uno stato democratico il ruolo di servizio pubblico, lo ha ribadito nell'introduzione Sebastiano Licciardello, che la giustizia amministrativa assolve nei confronti dei cittadini e delle imprese nei loro molteplici, diversi e spesso controversi rapporti con una pubblica amministrazione. È un ruolo di tutela e garanzia delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini, interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalle leggi, diritti soggettivi, che si imbattono nell'esercizio del potere amministrativo autoritativo.

La giustizia amministrativa deve costituire, in altri termini, un sistema di controllo che, in linea con il dettato costituzionale è finalizzata a verificare che il perseguimento dell'interesse pubblico sia avvenuto correttamente, nel rispetto, cioè, delle libertà e delle situazioni soggettive dei privati, con la conseguente esigenza di una ricomposizione della logica del risultato con l'incisività del sindacato giurisdizionale.

Come servizio, rileva l'efficienza e la qualità della giustizia amministrativa, vale a dire l'adeguatezza della risposta data ai cittadini e alle imprese che chiedono giustizia nei confronti di atti e comportamenti dell'amministrazione, ritenuti lesivi della loro sfera giuridica. Ma, proprio perché dalla

parte del cittadino, la giustizia non deve essere solo efficiente, la sentenza del giudice amministrativo deve essere infatti comprensibile non soltanto per gli addetti ai lavori, ma anche per i comuni cittadini, solo così potrà dare certezza a quanti incrociano il potere amministrativo e chiedono giustizia al giudice amministrativo, se ritengono di avere ricevuto un torto.

Efficienza e qualità della giustizia amministrativa, ma non solo. Una qualità indispensabile della giurisdizione amministrativa, lo sottolinea Licciardello, richiamando il presidente Frattini (relazione sull'attività della giustizia amministrativa del 22 febbraio 2022), che si proietta sui giudici, in positivo, in termini di professionalità, è l'“*indipendenza*”, che non va declinata in termini di irresponsabilità del giudice, poiché la responsabilità è supporto della credibilità davanti ai cittadini della giustizia amministrativa. Credibilità che si fonda anche sulla percezione che del giudice deve avere la collettività, ossia la sua rettitudine e indipendenza.

Nella sua pregevole introduzione Sebastiano Licciardello ha rimarcato la funzione svolta dal Consiglio di Stato, tra la fine dell'800 e i primi anni del 900, quale stimolo al progresso della società, della quale ha saputo coglierne tempestivamente l'evoluzione. Le sentenze (Sez. IV, 4 aprile 1898 e 14 marzo 1902) in materia di parità dei sessi nell'accesso a borse di studio universitarie, così come quelle volte a tutelare i migranti, con la qualificazione del loro trasporto come servizio pubblico (Sez. IV, 17 maggio 1907), hanno facilitato l'affermarsi della democrazia.

Emerge, con indiscutibile chiarezza, il contributo della giurisprudenza del Consiglio di Stato, fin dal momento in cui si è configurato come giudice, all'affermarsi dello Stato democratico, cogliendo e adeguandosi all'evoluzione della società civile, contribuendo così anche al cambiamento dei rapporti tra amministrazione e cittadini. Un adeguamento che non ha inciso, comunque, sulla sua originaria morfologia, quale giudice di annullamento dei provvedimenti discrezionali che ledono un interesse legittimo dei privati.

La giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato prima, dei TAR dopo, ha, unitamente alla dottrina, stimolato il legislatore e, perciò, la formazione graduale del diritto amministrativo, sia sostanziale che processuale, a partire dalle sentenze, tra le altre, sulla necessità di motivazione di alcuni provvedimenti amministrativi, in particolare, di quelli limitativi della proprietà e della libertà (Sez. IV, 17 maggio 1907, n. 178); di quelle sul giusto procedimento (Sez. IV, 29 novembre 1895, n. 423), o sull'eccesso di potere (Sez. IV, n. 3 del 7 gennaio 1892).

Un cenno alla necessità di motivazione, del provvedimento amministrativo.

A conclusione di un percorso pluridecennale della giurisprudenza amministrativa, iniziato nel 1907, tale obbligo è stato consacrato dal legislatore del 1990 (l. n. 241), il quale lo ha imposto per tutti i provvedimenti, salvo

delle eccezioni espressamente indicate. Ma, è da sottolineare, l'obbligo di motivazione è oggi richiesto dalla giurisprudenza amministrativa anche per la decisione automatizzata, assunta a conclusione di un procedimento algoritmico. Il tema rientra nella più ampia relazione che svolgerà il presidente Vincenzo Neri.

Quanto al principio del giusto procedimento, trova conferma in questa prima giurisprudenza del Consiglio di Stato, quanto ho già sottolineato, ossia la capacità del giudice amministrativo di saper cogliere l'evoluzione della società e i mutamenti continui nel rapporto tra amministrazione, cittadini e imprese, mutamenti al quale lo stesso Supremo Consesso ha parimenti contribuito.

Il principio, ora positivizzato dalla l. 241/90, garantisce il diritto di partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo, assicurando altresì che lo stesso sia svolto in maniera imparziale, democratica e trasparente.

Ma, se della partecipazione teniamo conto oltre che della sua funzione difensiva anche di quella collaborativa, la stessa può anche declinarsi come espressione di quel principio del buon andamento sancito, in una con quello dell'imparzialità, dall'art. 97 Cost., il quale trova corrispondenza con il diritto ad una buona amministrazione consacrato dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La centralità degli strumenti di partecipazione nel procedimento, strumenti che consentono agli interessati di concorrere alla definizione del provvedimento finale, è stata affermata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 116 del 2020. In quella sede il Giudice delle leggi ha sancito una riserva di procedimento amministrativo, creando una forma di barriera al potere legislativo d'urgenza finalizzato ad occupare spazi di discrezionalità amministrativa. In particolare, la Corte ha affermato l'illegittimità di una legge provvedimento, attribuendo una particolare valenza all'istituto della partecipazione procedimentale, quale strumento di garanzia e trasparenza dell'azione amministrativa.

Secondo la Corte, pur non sussistendo una riserva di amministrazione, il procedimento amministrativo con le sue garanzie partecipative per i soggetti privati non può essere sostituito da un atto legislativo che, per sua natura, risulta privo delle medesime garanzie partecipative. Su questa stessa linea, volta alla valorizzazione della partecipazione nel procedimento amministrativo, nell'ottica di un radicale mutamento dei rapporti tra una pubblica amministrazione e i soggetti titolari degli interessi coinvolti nel procedimento, numerose sono le sentenze del Giudice amministrativo che toccano i molteplici profili che intersecano l'istituto (tra le tante, Sez. IV, n. 3255/2021; Sez. III, 2809/2021; Sez., V, n. 4964/2019).

Il convegno, e ritorniamo alla *ratio* che lo sorregge, è finalizzato a cogliere il ruolo odierno della giustizia amministrativa, percorrendone i vari

momenti dell'evoluzione, dalla istituzione, che sarà determinante per la formazione del nostro diritto amministrativo, con la l. n. 5992 del 1889, della IV sezione del Consiglio di Stato, per sopperire alle criticità della riforma del 1865, così da garantire una tutela più ampia ed incisiva del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, estesa alle posizioni soggettive, i c.d. “*diritti minori*”, non garantite dal giudice ordinario in seguito alla riforma del 1865 e l'abolizione del contenzioso amministrativo, ad oggi.

Un lungo lasso temporale, quindi, nel quale si consuma il graduale passaggio dalla insindacabilità dell'atto amministrativo da parte di organi giudiziari, secondo una interpretazione rigorosa del principio della separazione dei poteri, alla sindacabilità anche della decisione automatizzata, a seguito del riconoscimento della c.d. legalità algoritmica.

Si tratta, in altri termini, di capire se, come sottolineato da Marco Mazzamuto in suoi precedenti scritti, il grande patrimonio di tutela del cittadino da parte del giudice amministrativo, ereditato dallo scorso secolo, si sia ad oggi conservato.

I titoli delle tre sessioni in cui si articola il convegno sono esplicativi di questa *ratio*.

Il titolo di questa prima sessione “*Passato e presente nella Giustizia amministrativa*”, sottolinea il rilievo che, nella prospettiva di una lettura diacronica, assume il passato per la rappresentazione del presente e per capire quale potrà essere il futuro della giustizia amministrativa.

Vi si collocano le relazioni di Aristide Police su *L'evoluzione della tutela nella giustizia amministrativa*; di Marco Mazzamuto su *L'effettività della giustizia amministrativa*; di Fabio Saitta su *La discrezionalità del giudice amministrativo*; di Fabio Cintioli su *La giustizia amministrativa nel PNRR*; di Vincenzo Neri su *Intelligenza artificiale, procedimento e processo amministrativo*.

Ad Aristide Police spetta il compito di tracciare l'origine del sistema delle tutele offerte dall'ordinamento ai cittadini contro gli atti e i comportamenti delle pubbliche amministrazioni, la sua evoluzione a partire dall'Allegato E alla legge del 1865 di unificazione amministrativa che, con l'abolizione del contenzioso amministrativo, lasciava privi di tutela quelle situazioni che poi si configureranno come interessi legittimi, rimasti privi di tutela giurisdizionale, avente ad oggetto solo i diritti soggettivi; la istituzione, per supplire a tale lacuna, con la legge Crispi, della IV Sezione del Consiglio di Stato nel 1889 e il riconoscimento, con la legge del 1907, della sua natura di organo giurisdizionale, peraltro già ammessa dalle Sezioni Unite della Cassazione Romana; la creazione nel 1923 della giurisdizione esclusiva e di un *secondo criterio* di riparto della giurisdizione; la successiva evoluzione del sistema attraverso l'opera della giurisprudenza, supportata dalla dottrina; l'impatto, certamente positivo, della Costituzione repubblicana sul sistema (artt. 24, 103, 104); la creazione, soltanto, nel 1971 dei

Tribunali amministrativi regionali; il processo amministrativo nella legge del 2000 e il d.lgs. del 2010 con il quale è stato approvato il codice del processo amministrativo, e i due decreti c.d. correttivi. Altri due interventi, che hanno suscitato critiche in dottrina, si sono avuti con due d.lgs. del 2014 e del 2016.

Dell'*effettività* della giustizia amministrativa Marco Mazzamuto si è occupato in numerosi scritti. Il tema intreccia quello del mantenimento nel nostro ordinamento del giudice amministrativo del quale, ricorre sempre più spesso l'idea della sua sostituzione con il giudice civile. Sicché il vero problema è oggi quello della difesa del sistema di giustizia amministrativa, la cui esistenza viene messa sempre più di frequente in discussione.

Già Aldo Bozzi, in sede di Assemblea Costituente, ne aveva evidenziato, in un appassionato discorso, contestando le proposte di soppressione del Consiglio di Stato e di sostituzione con il giudice ordinario, il ruolo coraggioso e significativo svolto dal supremo Consesso durante il fascismo, in materie sensibili, quale la difesa dalla legge sulla razza (sez. V, n. 461/1941), e l'interpretazione dell'art. 26 del r.d.l. n. 1728/1938, (Provvedimenti a difesa della razza italiana); la libertà di stampa e di insegnamento, anche se oggi si dubita che quel coraggio abbia continuato a caratterizzare la giurisdizione amministrativa. Bozzi in quella sede sottolineava anche come la sua sostituzione con il giudice ordinario, avrebbe portato ad un depotenziamento della tutela dei cittadini a fronte dell'esercizio del potere discrezionale. È quello che Marco Mazzamuto sostiene da tempo, contestando in radice la premessa sulla quale poggia tale ragionamento, ossia la maggior tutela che il giudice civile assicurerebbe ai cittadini, a fronte di un giudice amministrativo, espressione, si ritiene, della specialità dell'amministrazione e, dunque, dell'autoritarismo dei pubblici poteri. Ma, emerge dalla stessa introduzione di Licciardello, il Consiglio di Stato non ha ancora concluso il suo ciclo storico, laddove, diversamente, la sua abolizione inciderebbe su una grande conquista della civiltà giuridica, con un grave danno per la tutela dei cittadini.

Sebastiano Licciardello nell'introduzione, ci ricorda come la specialità intesa solamente come «privilegio ed immunità» dell'amministrazione, è il risultato di una lettura *fuorviante* dell'*arrêt Blanco* e che il Tribunale dei conflitti sottolineava l'esigenza di conciliare i diritti dei privati con le ragioni dell'amministrazione, ossia con la specificità del diritto amministrativo. Specificità che non ha impedito il riconoscimento, declinazione del principio di uguaglianza, a carico dell'amministrazione di forme di responsabilità che nel tempo si sono evolute.

Al tema della «discrezionalità del giudice amministrativo», Fabio Saitta ha dedicato, recentemente, una appassionata monografia dal titolo suggestivo *Interprete senza partito?* il cui contenuto viene esplicitato nel sottotitolo *Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*.

Il tema si iscrive nel dibattito, non privo attualmente di toni accesi e polemici, sul rapporto oltre che tra giudici ed esecutivo, tra giudici e legislatore, rapporto, quest'ultimo, si sottolinea, squilibrato, caratterizzato dal declino della legge e dall'ascesa della giurisdizione. Ascesa che viene, condivisibilmente, imputata ad un legislatore che, ormai sempre più spesso, cerca di caricare sui giudici la soluzione di questioni che, al contrario, dovrebbero essere frutto di complesse scelte politiche e non di deleghe. Il che avviene, è facile constatazione, in materie che implicano valori etici, su aspetti essenziali della vita umana. Con la conseguenza che i giudici, sia costituzionali che ordinari, sono spesso chiamati a tutelare diritti e interessi costituzionalmente protetti mediante decisioni adottate sulla base di principi e scarse indicazioni legislative.

Se questo può giustificare, come bene ribadisce Fabio Saitta, una pluralità di interpretazioni, non giustifica certamente la possibilità per l'interprete e, dunque per il giudice chiamato ad applicarla, di trarre dalla norma qualsivoglia significato. Così operando, infatti, il giudice, supera i limiti dell'interpretazione, e finisce con il formulare una nuova norma.

Ed allora ecco la metafora ispiratrice del volume di Fabio Saitta dell'*interprete senza spartito*. La discrezionalità da parte del giudice nell'applicazione di una norma si può paragonare, per certi versi, a quella che si riscontra nell'esecuzione di uno spartito musicale. Infatti, se è vero che un'opera può essere eseguita in vari modi esiste, tuttavia, un «limite, superato il quale, ciò che si esegue non è più quello spartito».

Che il «creazionismo» giudiziario non sia un fenomeno marginale nella giustizia amministrativa, Fabio lo ricava da quelle sentenze dei TAR e del Consiglio di Stato che, ricorrendo al principio di effettività della tutela, ricavano dalla norma significati che non hanno nulla a che fare con il testo legislativo.

Dalle conclusioni della monografia mi sembra che possa ricavarsi che, se è vero che vanno evitate ipotesi ingiustificate di creazionismo giudiziario, tuttavia va consentita una *ragionevole discrezionalità* all'interprete giudice, così da pervenire all'esito del giudizio ad una decisione proporzionata alla realtà nella quale interviene.

Un tentativo da parte del legislatore di orientare il giudice amministrativo, limitandone per quanto possibile la discrezionalità, si è avuto in anni recenti e sempre più spesso, con una serie di leggi su questioni di grande attualità e particolare interesse. È avvenuto, per fare un esempio, con il PNRR, acronimo che indica il Piano nazionale di Ripresa e resilienza, con il quale sono state previste anche misure indirizzate a rendere più efficiente e veloce il «servizio giustizia». Il tema sarà oggetto della relazione di Fabio Cintioli.

Ho già fatto un accenno all'obbligo di motivazione anche della decisione algoritmica. Il tema è oggetto della relazione del presidente Neri.

Mi limiterò a qualche cenno.

Con la progressiva digitalizzazione dell'attività amministrativa e l'ampio ricorso agli algoritmi si sono poste le condizioni per un ripensamento delle forme tradizionali dell'esercizio del potere amministrativo e per il passaggio dal procedimento amministrativo tradizionale al procedimento algoritmico con la conseguente automazione della decisione amministrativa.

La transizione digitale nell'ambito dell'amministrazione non è stata esente da difficoltà organizzative e incertezze giuridiche, nondimeno l'ordinamento amministrativo si sta rapidamente evolvendo nella direzione di una generale copertura giuridica all'amministrazione algoritmica attraverso il riconoscimento della c.d. legalità algoritmica.

Nell'ordinamento l'utilizzo da parte delle amministrazioni pubbliche delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione per lo svolgimento dei procedimenti amministrativi è prescritto, in via generale, dalla norma di cui all'articolo 3 *bis* della l. 241 del 1990 e dall'art. 12 del CAD. Norme che sollecitano (la prima) o impongono (la seconda) l'uso delle nuove tecnologie informatiche per lo svolgimento delle attività amministrative.

Questo nuovo quadro tecnologico, esteso all'agire amministrativo, se per un verso introduce elementi di straordinaria semplificazione ed efficienza amministrativa, per altro verso è un fattore di stress per l'ordinamento amministrativo e per il sistema di giustizia amministrativa, in quanto risulta molto più complesso il controllo giudiziale sull'attività amministrativa digitalizzata.

La nuova frontiera dell'amministrazione digitale, pone all'attenzione degli studiosi e degli operatori del diritto due questioni.

La prima concerne il rapporto che deve sussistere tra controllo umano e decisioni algoritmiche. A questo specifico riguardo va detto che se è vero che la normativa sulla digitalizzazione è ancora carente di regole specifiche in merito all'ambito decisionale che può essere coperto dal ricorso all'algoritmo, nella giurisprudenza amministrativa (ma anche in quella eurounitaria) stanno affiorando precise indicazioni.

In particolare con il riconoscimento della c.d. «riserva di umanità» i giudici amministrativi hanno stabilito che le decisioni non possono essere assunte in via esclusiva in modalità algoritmica, ma occorre sempre un intervento umano, anche per consentire al funzionario pubblico di adottare le misure più idonee per prevenire ed eliminare i possibili errori connessi all'uso dell'intelligenza artificiale.

Già con alcune decisioni del 2019 (Sez. V, sentt. nn. 8473, 8474, e Sez. VI, n. 8472, tutte del dicembre 2019), successivamente confermate (sez. VI, sent. n. 881 del 2020; sez. III, n. 7891 del 2021; sez. VI, n. 6236 del 2022) il Consiglio di Stato, sulle cui linee si sono mossi i TAR, ha fissato tra i principi cardine della legalità algoritmica, il principio di non *esclusività* della decisione algoritmica. Si tratta, cioè, del *divieto* di atti di amministrazione digitale «esclusivamente» algoritmica, quando tali atti incidono su diritti o

interessi rilevanti. Non potendo in tali procedimenti difettare mai un *contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica*, come dispone l'art. 22, par. 1, del Regolamento europeo per la protezione dei dati personali, 2016/679 (RGPD), espressamente richiamato dal Supremo Consesso.

L'altra delicata questione, alla precedente strettamente collegata, riguarda l'*intensità* del sindacato giurisdizionale. Anche in questo caso gli organi della giurisdizione amministrativa hanno svolto una fondamentale opera di integrazione e di completamento del quadro normativo di riferimento, individuando i principi e le condizioni generali che supportano la legittimità della scelta algoritmica imputabile all'amministrazione attraverso la procedura automatizzata. In questo senso tra i criteri evocati dalla giurisprudenza amministrativa si segnala l'esigenza di assicurare la conoscibilità e la comprensibilità dell'algoritmo. E se non è richiesta una apposita norma di legge a supporto della decisione algoritmica, essendo l'amministrazione libera di scegliere tra il procedimento tradizionale e quello algoritmico, diversamente è sempre richiesta la motivazione, dalla quale devono emergere le ragioni sottese a tale scelta, vale a dire i possibili effetti positivi che la decisione algoritmica è in grado di dispiegare nella cura dell'interesse pubblico, considerato il vincolo teleologico che contraddistingue il potere amministrativo, indipendentemente dalle modalità del suo esercizio.

In termini più generali, va sottolineato come nei confronti dell'esito dell'attività dell'intelligenza artificiale occorre che vi sia uno spazio di valutazione da parte del giudice amministrativo, che tenga conto dell'esigenza che tutti i provvedimenti dell'amministrazione, pure emessi in forma informatica o derivanti dall'applicazione di algoritmi, devono garantire la giustizia oltre che la legittimità e, dunque, la corrispondenza al diritto.

Dai titoli delle relazioni, emerge come questa prima sessione del convegno sia indirizzata ad individuare un percorso unitario che, dalla istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, nel 1889, arriva ad oggi. Un percorso nell'ottica delle conseguenze e dei collegamenti tra l'esperienza originaria del Consiglio di Stato, l'attuale attività svolta dal plesso Consiglio di Stato - Tribunali Amministrativi Regionali e le prospettive di un futuro caratterizzato da un procedimento e da un processo digitalizzati.

MARCO MAZZAMUTO

## L'effettività della giustizia amministrativa

SOMMARIO: 1. L'attacco al sistema pubblicistico di tutela. 2. La civilizzazione. 3. La semplificazione e la ragioneria giurisdizionale. 4. Brevi conclusioni.

1. Qualche tempo fa sono stato invitato ad un convegno dei tributaristi catanesi per parlare dell'effettività della giustizia amministrativa e vorrei partire dal passaggio finale di quella relazione: la vera sfida odierna non è che la giustizia amministrativa diventi più effettiva, bensì che occorra farne oggetto di difesa di fronte a chi vuole renderla meno effettiva.

La premessa maggiore, più volte rappresentata nei miei precedenti scritti, è che il sistema giuspubblicistico ereditato dal secolo decimonono ci abbia consegnato un patrimonio di tutela senza pari, come è facilmente desumibile dal confronto col sistema privatistico: basti considerare il regime d'invalidità dell'atto amministrativo e, sul piano dei rimedi, il primato della tutela in forma specifica, a fronte di un vincolo giuridico privatistico ben più tenue e, sul piano dei rimedi, diversamente fondato sul primato tutela risarcitoria per equivalente. I due sistemi, a ben vedere, hanno una medesima *ratio* liberale: la legalità privatistica è poco invasiva poiché si fonda sul rispetto dell'autonomia privata, mentre la legalità (in senso ampio) pubblicistica, sempre a protezione delle libertà e dei diritti dei cittadini, è più stringente.

Ciò fa anche comprendere come sia mal posta l'idea che il diritto amministrativo sia un figlio dell'autoritarismo della Rivoluzione francese. Nei suoi reali sviluppi, nel corso del secolo decimonono, esso fu al contrario il frutto della reazione liberale al giacobinismo rivoluzionario. Ne è la riprova anche soltanto il fatto che in un ordinamento nato all'insegna del primato della legge si sia potuto realizzare un gigantesco diritto pretorio ad opera del *Conseil d'État*, oltre che l'ineludibile valore garantista del risultato cui quest'opera pervenne: appunto la creazione dei principi del diritto amministrativo e della sua giustizia.

In questi ultimi decenni questo straordinario sistema di tutela è stato esposto sia a interventi di presunto perfezionamento, sia ad una messa in discussione della sua stessa esistenza.

Basti l'esempio, per il primo profilo, dell'introduzione dell'azione di adempimento, tanto decantata come novità fondamentale per la tutela, tralasciando che nel sistema tradizionale la pronuncia di annullamento ha sempre avuto un contenuto sostanzialmente condannatorio, sconosciuto

al sistema privatistico, grazie all'effetto conformativo dell'azione amministrativa futura.

Ma è soprattutto sulle ragioni che portano ad attaccare questo pezzo pregiato della civiltà giuridica moderna che vogliamo prestare attenzione. Due sono le *rationes* di questa *vis destruens*.

In primo luogo, l'originaria *ratio* liberale dei propugnatori della giurisdizione unica, fondata sul presupposto che rimettersi all'unico vero giudice, quello civile, comporti una maggior tutela, mentre il giudice amministrativo non sarebbe altro che espressione di un autoritarismo dei pubblici poteri. Si tratta di una prospettiva assai ingenua che continua a disputare di geometrie astratte, non prendendo atto dei risultati concreti cui la giustizia amministrativa è pervenuta, a cominciare dal primigenio modello francese, da più di due secoli di storia giuridica.

In secondo luogo, una *ratio* più recente che mira invece a guadagnare più ampi margini di libertà amministrativa in funzione dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione pubblica. Il sistema pubblicistico diventa così un ostacolo da rimuovere o comunque da ridimensionare comportando troppi vincoli giuridici a carico dei pubblici poteri.

Si tratta con tutta evidenza di prospettive, nel *telos*, del tutto opposte, ma che finiscono spesso e contraddittoriamente per sovrapporsi nella comune messa in discussione della giustizia amministrativa. Per intenderci: non si possono ancora sollevare i vecchi (quanto infondati) dubbi sull'imparzialità del giudice amministrativo, come fazioso difensore dell'interesse pubblico, e, al contempo, lamentarsi che il suo intervento, ad es. quando sospende o annulla una gara d'appalto, costituisca un impedimento per lo svolgimento dell'azione amministrativa e per lo sviluppo della Nazione.

In questa duplice ed antinomica teleologia, è la seconda *ratio* a condurre in realtà la partita, all'occorrenza, sfruttando astutamente l'ingenuità della prima. Quanto più si civilizza il sistema pubblicistico, tanto più, a dispetto dei garantisti, si incrementa la libertà amministrativa e si riduce la tutela, per il semplice motivo, come si è detto, che il sistema privatistico contiene un vincolo giuridico di minore intensità.

Senza alcuna pretesa di esaustività, sono individuabili diverse tipologie d'intervento per mettere in atto questo programma distruttivo, all'insegna del ricorso al diritto privato, alla semplificazione e alla ragioneria giurisdizionale, sia sul versante del diritto sostanziale, sia su quello del diritto processuale.

In questo ha buon gioco la malattia del perenne riformismo legislativo che da più di trent'anni attanaglia le sorti dell'ordinamento, dimenticando l'avvertimento del nostro più grande Maestro: «Non distruggiamo così, senza poi sostituir nulla, ogni tradizione, ogni solennità, perché tutto questo positivismo, in fondo, non è che qualcosa di fiacco, di vuoto, di assolutamente sterile, il quale fa cadere tutte le istituzioni» (Vittorio Emanuele Orlando, Senato 17 giugno 1909).

2. Si può anzitutto dare qualche cenno alla deriva privatistica nel diritto sostanziale.

Appariscente, per il suo radicale cambiamento, è stata la privatizzazione legislativa del rapporto di pubblico impiego e il suo conseguente conferimento al giudice ordinario, con l'inevitabile conseguenza di una riduzione della tutela rispetto a quella prestata da decenni dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Persino la maggior tutela esistente nel sistema privatistico, quella del diritto del lavoro, costituisce pur sempre un *minus* rispetto alla tutela pubblicistica: basti pensare al sindacato sugli atti del datore di lavoro o alla tutela in forma specifica che finiscono ineludibilmente per scontrarsi con i principi di autonomia posti a presidio del sistema privatistico. Il risultato è che il datore di lavoro pubblico è oggi sottoposto ad un vincolo giuridico alquanto ridimensionato.

Non meno appariscente è stato il processo di privatizzazione di enti pubblici. Per quanto ciò non abbia determinato una totale sottrazione al regime pubblicistico, grazie al concorrente riemergere di qualificazioni pubblicistiche di carattere sostanziale, in grossa parte, nei confronti di tali nuovi enti, si applica adesso il diritto privato con tutto ciò che ne consegue anche qui in termini di riduzione della tutela.

Significativi, pur scarsamente concludenti sul piano pratico, sono poi alcuni contenuti della legge sul procedimento amministrativo: «La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente» (art. 1, c. 1*bis*); agli accordi sostitutivi o integrativi del provvedimento «si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili» (art. 11, c. 2).

La sostanza della logica privatistica può anche insinuarsi negli istituti pubblicistici. È questo il caso dell'avvento dei vizi "formali" nel regime di invalidità dell'atto amministrativo, introdotti in sede di modifica della suddetta legge sul procedimento. Nel tradizionale sistema pubblicistico ogni violazione di legge dà luogo ad invalidità, senza che occorra di volta in volta apposita comminatoria, e lo stesso modello si ritrova nel regime di invalidità della legge per contrasto con una norma costituzionale. Nel sistema privatistico invece, di regola, l'invalidità deve essere espressamente contemplata, secondo un principio di tipicità, rimanendo confinate nella eccezionalità le c.d. nullità virtuali. Con i vizi formali dunque il vincolo giuridico si allenta in direzione di un modello più vicino a quello privatistico.

Ma è su quella che oggi si usa chiamare "civilizzazione" del giudice amministrativo che dobbiamo soprattutto concentrarci.

Diversamente da quanto si potrebbe ritenere, si tratta invero di una questione molto risalente.

Nella seconda metà del secolo decimonono, in Francia e poi in Italia, fu oggetto di forte contrasto che gli organi della giustizia amministrativa assu-

messero la veste formale di giurisdizione. Non che vi fossero dubbi sulla natura anche giustiziale di tali organi. Si temeva però che l'approdo alla veste giurisdizionale significasse una loro trasformazione in figure simili al giudice civile, sia con una perdita di rango costituzionale, poiché il Consiglio di Stato concorreva all'esercizio del potere sovrano, tanto da esser divenuto "creatore" del diritto amministrativo, non mero esecutore di leggi, così come, sin dalla sua invenzione rivoluzionaria, era stata concepita la Cassazione, sia con la perdita di quella già formata e straordinaria tutela creata nella giustizia "graziosa".

In Italia, questo ordine di preoccupazioni fu ben rappresentato dalla scuola palermitana. Vittorio Emanuele Orlando e Santi Romano provarono, senza felice esito, a propugnare la natura "amministrativa" della IV Sezione del Consiglio di Stato, proprio per evitare che essa divenisse come un giudice civile e restasse sottoposta al vaglio della Corte di Cassazione.

Nonostante l'avvenuta giurisdizionalizzazione del Consiglio di Stato, la tradizione tuttavia prevalse con una serie di puri *escamotage* che consentirono di nascondere dietro l'idea di un giudice che applica la legge alcune componenti fondamentali della tutela graziosa, dal controllo della discrezionalità all'ampiezza del *locus standi*: l'articolato *parterre* dei vizi della discrezionalità come sviamento dall'interesse pubblico contenuto nella norma, l'interesse occasionalmente protetto che deriva sempre dallo stesso interesse pubblico contenuto nella norma o la (fantasia giuridica) della giurisdizione obiettiva. Ciò, sia in Francia, sia in Italia, fu in realtà possibile grazie alla continuità dell'organo, il Consiglio di Stato, mentre le cose si complicarono in paesi dove avvennero cambiamenti organizzativi importanti, come, in Germania, con l'istituzione dei Tribunali amministrativi.

La tradizione dunque sopravvisse e per lungo tempo si poté andare avanti, finché il quadro dottrinario, a partire dagli anni sessanta del secolo scorso, iniziò a mutare con l'improvvido attacco di Massimo Severo Giannini al sistema giuspubblicistico: il mandato gianniniano era di guardare e prendere esempio dal processo civile.

L'influenza negli anni di questo assunto dottrinario ha finito per fare breccia, cominciando a prendere corpo una vera e propria deriva filo-privatistica.

La novità di questa stagione è che si fa anche leva sull'argomento costituzionale.

Si tratta di un'astuta, quanto discutibile strategia, che consiste in ciò: Il giudice amministrativo è espressamente contemplato in costituzione e, se è troppo complicato pervenire ad una revisione costituzionale, vorrà dire che si procederà ad una progressiva assimilazione di tale giudice al giudice civile, sino ad un sostanziale svuotamento della sua peculiare natura.

Il presupposto di questo percorso sta in una forzatura interpretativa.

Nonostante l'espressa previsione dei giudici speciali, la costituzione offrirebbe pur sempre un modello generale di giurisdizione. Sin qui, in una limitata misura, che non intacchi cioè le peculiarità dei giudici speciali, si trat-

terebbe di un assunto, pur discutibile, ma accettabile: quello stesso che ha, ad es., condotto alla incostituzionalità delle giunte provinciali amministrative.

Ma l'equilibrio si spezza in modo significativo nel momento in cui si voglia sempre più arricchire questo modello generale di contenuti e di contenuti civilistici. Ecco la forzatura che offre il viatico dell'assimilazione: si assume quello civilistico come modello costituzionale di giurisdizione, sicché è verso questo modello che devono tendere le giurisdizioni speciali, trattate alla stregua di creature imperfette.

Di ciò, oltre che, come vedremo, negli interventi legislativi, si ha qualche traccia nella stessa giurisprudenza costituzionale.

Si prenda il caso emblematico della tutela d'annullamento. Nel sistema civilistico, questa tutela ha carattere tipico, perché troppo invasiva dell'autonomia privata, mentre, nel più garantista sistema pubblicistico, ha tradizionalmente carattere generale, essendo uno strumento fondamentale del primato della tutela in forma specifica. Diversamente si porrebbero i presupposti di un chiaro autoritarismo: di uno Stato cioè che possa fare sempre quel che vuole, anche illegittimamente, sostituendo la tutela in forma specifica con quella risarcitoria per equivalente. Si immagini pure, per portare all'estremo il ragionamento, se *mutatis mutandis* un analogo percorso si dovesse attuare per la tutela costituzionale avverso le leggi: che in luogo della loro caducazione si possano mantenere in vita leggi incostituzionali, purché si risarciscano i malcapitati cittadini.

Non a caso la dottrina giuspubblicistica successiva all'adozione della carta costituzionale, da Eugenio Cannada Bartoli a Enzo Capaccioli, aveva già ritenuto che la tutela d'annullamento in capo al giudice amministrativo fosse un contenuto indefettibile e costituzionalmente doveroso. La previsione dell'art. 113, c. 3., Cost. («La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa»), venne certo introdotta non per mettere in discussione il potere generale di annullamento del giudice amministrativo, semmai per consentire casi in cui conferire tale potere anche al giudice civile, conformemente al principio di tipicità della tutela costitutiva nel sistema privatistico. Ed invece il giudice delle leggi, con una discutibile interpretazione letterale, ne ha esteso l'ambito di applicazione anche al giudice amministrativo, sicché non è escluso, come è avvenuto nel caso dell'ordinamento sportivo, che il giudice amministrativo possa essere privato del potere di annullamento: in altre parole, la tipicità privatistica viene assunta a criterio costituzionale potenzialmente coinvolgente il giudice speciale.

O ancora l'avallo che il giudice delle leggi ha dato alla c.d. *transaltio iudicii* tra ordini giurisdizionali diversi, come se, appunto, la giurisdizione fosse unica e fosse possibile *de plano* trasmigrare da una giurisdizione all'altra, creando invero più complicazioni che soluzioni vantaggiose per chi agisce in giudizio.

In generale, ciò che sorprende è la mancanza di consapevolezza storico-sistemica, mentre dovrebbe essere ormai chiaro, dopo due secoli di esperienza, che l'ordito giuspubblicistico è più garantista e soprattutto che i giudici dei pubblici poteri, perché siano effettivi e penetranti, devono avere un assetto ben diverso da quello di un "semplice" giudice civile, come avrebbe detto Santi Romano.

Ciò è evidente già a partire dalle questioni organizzative sulle quali si è consumata in chiave critica fin troppa attenzione dottrinarica.

Deve anzitutto ricordarsi che il Consiglio di Stato è sempre stato un organo indipendente per la semplice ragione del suo sopraelevato rango costituzionale di concorrente alla sovranità, non bisognoso dunque delle guarentigie di un "semplice" giudice.

Un tema risalente e sempre emblematico è quello del contemporaneo svolgimento di funzioni consultive nei confronti della pubblica amministrazione. Ebbene, nella prima metà del secolo decimonono, i francesi avevano già ben chiaro che tale funzione non solo non incideva sull'indipendenza dell'organo, ma al contrario diveniva indirettamente strumento prezioso per un più efficace controllo giustiziale.

In altre parole, se la giustizia nei confronti dei pubblici poteri non può limitarsi ad un vincolo giuridico paragonabile alla legalità privatistica, ma deve andare oltre, ciò è concretamente possibile soltanto ove vi siano modulazioni organizzative che consentano un adeguato arricchimento conoscitivo della realtà amministrativa, ad es., in vista di un significativo sindacato sulla discrezionalità.

Si veda del resto, *mutatis mutandis*, la composizione del giudice delle leggi, che, nell'esperienza continentale, è figlio del modello della giustizia amministrativa. Non è certo casuale che un terzo dei componenti sia nominato dal Parlamento, consentendo l'ingresso di personalità del mondo politico-istituzionale, così come il Consiglio di Stato si è sempre tradizionalmente avvalso di personale proveniente dall'amministrazione. E ciò anche per la medesima ragione cui si accennava: arricchire il quadro conoscitivo della realtà che sarà oggetto di giudizio, ad. es., parimenti, in vista di un significativo sindacato sulla discrezionalità, questa volta del legislatore.

Suscita così perplessità, tanto per andare a vicende più recenti, che si sia potuta troppo facilmente estendere la recente disciplina in materia di "porte girevoli" anche ai giudici amministrativi, con un doppio danno: l'ordinamento si priva del loro prezioso apporto nel governo della Nazione e, a loro volta, i giudici amministrativi si privano di quella conoscenza che, come abbiamo visto, rafforza la capacità di sindacato giurisdizionale.

Il discorso ovviamente trova ulteriore terreno fertile anche al di là delle questioni organizzative.

La tradizione graziosa della giustizia amministrativa ci ha consegnato diversi tratti significativi.

Anzitutto, come evidenziava nei primissimi anni del secolo decimonono, Jean Guillaume Locré, segretario generale del Consiglio di Stato già ai tempi del Consolato, la “elasticità”, contrapposta alla rigidità civilistica, in vista del necessario contemperamento equitativo tra interesse pubblico e interesse privato, che, è bene rimarcare, non è affatto segno di autoritarismo, ma al contrario una *chance* in più di tutela. Quando mai, di regola, possiamo nel diritto privato sindacare il fine che ha di mira, nella sua autonomia, un altro privato, mentre, nel diritto pubblico, il privato ricorrente, di regola, si avvale, nel proprio interesse, della possibilità di sindacare il corretto perseguimento dell'interesse pubblico.

Un altro tratto importante è la peculiare dinamica delle fonti: la creazione e il controllo pretorio della parte generale, sostanziale e processuale; una mentalità più libera nell'interpretazione della lettera delle scomposte leggi amministrative, tanto che i nostri Maestri della scuola palermitana osservavano che nel diritto pubblico non vige il criterio *in claris non fit interpretatio*.

L'emulazione del modello civilistico moderno ha dato invece il via all'irrigidimento: con la legge sul procedimento s'inizia a codificare la parte generale di diritto sostanziale, poi arricchita dalla disciplina del provvedimento, e *dulcis in fundo* si è arrivati persino ad adottare un codice del processo amministrativo, corredato, nel segno del culto della legge, da un custode nomofilattico.

Quel che non si comprende è che nel diritto amministrativo le norme scritte non sono fonte di certezza, a dispetto della vicenda paradigmatica delle XII Tavole, ma, tutto al contrario, sono fonte di uno stato di perdurante di confusione. E ciò perché, come avevano già chiaro i primi amministrativisti francesi, le norme amministrative sono sempre cangianti e mal scritte, essendo il frutto delle continue esigenze pratiche delle politiche pubbliche. È questa la ragione per la quale, nel secolo decimonono, gli stessi amministrativisti francesi osservavano che nel diritto amministrativo la garanzia della certezza la davano soltanto i principi pretori del Consiglio di Stato e vedevano con sfavore ogni prospettiva di codificazione della parte generale, sostanziale o processuale: si pensi, per intenderci, a quante volte è stata modificata la nostra legge sul procedimento amministrativo.

In altre parole, si vuole rappresentare la seria preoccupazione che si stiano creando le condizioni perché il giudice amministrativo diventi un banale esecutore di norme scritte, un giudice che si limita ad applicare la legge, così come il giudice civile (ben inteso, quello moderno), con la conseguenza, da un lato, di un suo totale asservimento al perenne caos del legislatore di diritto pubblico, d'altro lato, di un inevitabile restringimento dei principi pretori, con la conseguenza di passare dall'ampia e dinamica tutela della tradizione graziosa ad una micragnosa tutela fondata su questa o quell'altra, mal scritta, normetta legislativa.

Ma vi sono altre vicende significative che possono segnalarsi.

Qua e là, il legislatore immette nel corpo della normativa pubblicistica espressi riferimenti a previsioni processualcivilistiche o comunque ne propone uno scopiazzamento, come se si disconoscesse l'esistenza di un autonomo sistema pubblicistico, ridotto ad una sorta di colabrodo, e si volesse contribuire a quel processo di progressiva assimilazione alla giustizia civile. Il pericolo non sta tanto in sé nella presenza di tali disposizioni, ma che attraverso esse penetrino nel diritto pubblico i diversi principi dell'ordito privatistico.

Facciamo qualche esempio.

Poco importa che si sia emulato il modello processualcivilistico della tutela cautelare atipica, di cui peraltro il giudice pretore non aveva alcun bisogno, purché la cautela rimanga ancorata al primato della tutela in forma specifica e non al primato privatistico della tutela risarcitoria, entro il quale, trattandosi per lo più di pecunia, i margini per configurare il *periculum in mora* sono di gran lunga più stretti.

Poco importa scimmiettare profili processualcivilistici relativi all'istruttoria, purché il giudice amministrativo rimanga ancorato, anche qui, ai propri principi tradizionali, volti a compensare la disegualianza tra cittadino e pubblico potere: dal metodo acquisitivo all'onere del solo "principio" di prova, pur di recente mitigato dal criterio della "vicinanza" della prova. Poiché altrimenti il tanto decantato principio di parità delle parti, inteso alla maniera civilistica, determinerebbe un significativo *vulnus* per la tutela del cittadino.

E ancora vanno segnalati i continui tentativi di sostituire la tutela in forma specifica con la tutela risarcitoria, specie in materia di appalti, ma non solo, come mostra un caso, in materia di concorsi per pubblici impieghi, ove fortunatamente si erse il muro dell'Adunanza plenaria.

In questa direzione possono andare altresì interventi legislativi *lato sensu* emergenziali, come nel caso delle specifiche previsioni processuali per il PNRR. Suscita al riguardo grande perplessità che in tali previsioni sembri imporsi il dio *Kronos*, quello del rispetto dei tempi del PNRR, senza alcuna possibilità di bilanciamento, come, pur pendente a favore dell'interesse pubblico, era ancora possibile nella disciplina delle infrastrutture strategiche: *fiat PNRR, pereat iustitia*.

Ovviamente il timore è che, nell'ubriacatura del riformismo, queste norme emergenziali finiscano per diventare un modello per l'ordinario.

In tutto questo ci si mette anche la Corte di Cassazione – non più memore del significato profondo del concordato D'Amelio-Romano – che non solo va recuperando spazi di giurisdizione (si pensi., ad es., alle concessioni o alla larga riesumazione del criterio dell'atto vincolato), ma, per quello che più qui interessa, sembra volersi atteggiare a giudice di terzo grado, mettendo così il suo cappello alla civilizzazione del giudice amministrativo.

La preoccupazione maggiore che ci attanaglia è però che dopo decenni di nefasta influenza del filo-privatismo vi siano pure le tracce di un qualche significativo mutamento di mentalità dei giudici amministrativi nel segno del progressivo disgregarsi della tradizione e dell'avvicinamento al modello civilistico.

Ci limitiamo ad evocare un esempio appariscente, quello del radicale depotenziamento della *vicinitas*, uno dei criteri che attestavano, tra altri, la tradizionale ampiezza del *locus standi*, basata sulla selezione equitativa del giudice pretore. Ciò che colpisce della pronuncia dell'Adunanza plenaria al riguardo è la decisa ambientazione civilistica, e ciò non tanto per l'utilizzo di categorie tecnico-processuali, come la legittimazione o l'interesse ad agire, bensì per il riferimento ad istituti che hanno valenza sistematica nell'ordito privatistico: ci riferiamo all'evocazione del divieto di atti emulativi, cioè della eccezione che conferma, nel sistema privatistico, il principio della irrilevanza degli interessi, dimenticando, come già evidenziava Vittorio Emanuele Orlando, che tale irrilevanza non può valere per il sistema giuspubblicistico.

3. Un altro capitolo che incide sull'effettività della tutela è quello delle semplificazioni e della ragioneria giurisdizionale.

È dalla citata legge sul procedimento amministrativo che ha inizio il ricco filone delle semplificazioni: semplificazioni procedurali e organizzative. È di tutta evidenza, per chi non cada nell'ingenuità di una semplice rimozione di inutili duplicazioni, che ci si trovi di fronte a tecniche che incidono sugli interessi. La semplificazione, di regola, non è affatto neutra, ma, sopprimendo o indebolendo un pezzo di organizzazione o un pezzo di procedimento, ridimensiona il rilievo dell'interesse in funzione della cui tutela quell'armamentario organizzativo o procedimentale era posto.

Vengono letteralmente spazzati via, persino con modifiche costituzionali, i controlli preventivi di legittimità, che costituivano pur sempre un momento generale di garanzia del rispetto del diritto pubblico da parte dell'Amministrazione attiva, prima dell'eventuale sindacato giurisdizionale.

Lo stesso versante della giustizia amministrativa non ne è rimasto immune, in nome di una ragionevole durata del processo. Si pensi alla possibilità della definizione della causa in sede cautelare, ma soprattutto, essendo questa l'innovazione più significativa e con una tendenza ad espanderne l'ambito di applicazione, i riti accelerati. Così come per il procedimento, anche per il processo amministrativo, la semplificazione infatti non è neutra, ma determina un'inevitabile attenuazione delle garanzie, tanto più che quello della ragionevole durata del processo è invero un problema che nel nostro ordinamento ha piuttosto riguardato il giudice ordinario, sicché vi è da chiedersi quale fosse, nel caso del giudice amministrativo, tutta questa necessità di semplificare.

Qualche anno fa molto mi colpì che in un convegno scientifico fiorentino, cioè nella principale sede accademica dei sostenitori della giurisdizione unica, un consigliere di Stato, di cui non ricordo il nome, difese le sorti della sua istituzione, oggetto, a quel tempo, di attacchi virulenti, vantando la produttività dei giudici amministrativi. Molto mi colpì perché ben si sarebbe potuto mettere in campo l'argomento qualitativo del valore di una tradizione gloriosa: il conteggio della produttività, appunto della ragioneria giurisdizionale, mi parve un termine di comparazione tra gli ordini giurisdizionali assai riduttivo, come se fosse divenuto del tutto irrilevante che si trattasse di tutele ben diverse.

Sembrerebbe che si sia addivenuti ad un ragionamento di tal fatta: ha il giudice amministrativo ragione di persistere? Sì, se produce più sentenze del giudice ordinario o se, secondo altri possibili calcoli, mantiene un vantaggio economico rispetto ai costi delle controversie sul riparto di giurisdizione.

Mi pare invece che vi siano ben altre e nobili ragioni per giustificare l'esistenza del giudice amministrativo.

Non si nasconde invero il timore che la ragioneria giurisdizionale, di giudici amministrativi che, in ipotesi, finiscano per prestare soverchia attenzione al loro fatturato, possa determinare un condizionamento, anche soltanto inconsapevole, nel senso di favorire orientamenti che diminuiscano l'accesso alla giustizia per diminuire il carico di lavoro, come potrebbe avvenire, ad es., attraverso una restrizione del *locus standi*.

In una tale evenienza, non si tratterebbe più di dolersi soltanto della elevazione del contributo unificato: anche questo segno di discontinuità con la tradizione, a mente di quanto evidenziava nel 1929 un grande giurista francese, Gaston Jèze, nel senso che la giustizia amministrativa fosse non solo «l'arma più efficace» e «più pratica per difendere le libertà individuali», ma anche quella «più economica».

4. Se i consiglieri di Stato dovessero *in toto* assuefarsi a queste tendenze, atteggiandosi fino a fondo a giudici civili e facendo un autentico *harakiri*, allora non resterebbe altro, non certo la sola vantata produttività, per giustificare l'esistenza del giudice amministrativo e si perderebbe così uno dei pezzi più preziosi della civiltà giuridica moderna con gravissimo danno per la tutela dei cittadini.

Vi è dunque da sperare, poiché si è ancora in tempo, che vi sia invece una sorta di risorgimento, un moto di consapevolezza e di orgoglio nel rinnovare e preservare una gloriosa tradizione, ricordando le imperiture indicazioni di Santi Romano nel Trattato Orlando: «Egli è che le funzioni che comunemente si designano sotto l'espressione tecnicamente felice ed esatta di giustizia amministrativa sono qualche cosa di più fine, di più elevato, di più efficace che non siano funzioni semplicemente giurisdizionali; e il compararle a queste ultime non è un nobilitarle, come generalmente si crede, ma un rinvilirne la natura».

FABIO SAITTA

## La (ragionevole?) discrezionalità del giudice amministrativo

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. – 2. La discrezionalità interpretativa del giudice tra *littera legis* e bilanciamento dei valori: brevi considerazioni generali con alcune indicazioni per un uso accorto delle clausole generali. – 3. I limiti invalicabili dell'interpretazione e la deriva del «creazionismo giudiziario». – 4. Qualche esempio di giurisprudenza amministrativa «creativa». – 5. Interpretazione delle norme processuali e certezza del diritto. – 6. Una ragionevole discrezionalità giudiziale per un diritto calcolabile e una decisione prevedibile.

1. Il tema che ci è stato assegnato s'inserisce nel più ampio dibattito sul rapporto tra giudici e legislatore, particolarmente acceso nel contesto contemporaneo, connotato da «uno squilibrio nei rapporti tra fonte legislativa e applicazione giurisprudenziale»<sup>1</sup>.

Svariate sono le ragioni di questa fuga verso un diritto sempre più giurisdizionale; tendenza che – si badi bene – non si registra soltanto nel nostro Paese, pur connotato da un potere giudiziario molto forte<sup>2</sup>. Al progressivo indebolimento del potere legislativo hanno, infatti, sicuramente contribuito più fattori, tra i quali possiamo qui sinteticamente indicare solo i più significativi.

*In primis*, la complessità giuridica, categoria-madre della postmodernità<sup>3</sup> da tempo teorizzata dalla Scuola civilistica messinese di Salvatore Pugliatti<sup>4</sup> e magistralmente affrescata, più di recente, dal suo primo allievo,

<sup>1</sup> Così, P.L. PORTALURI, *Il declino della legge e l'ascesa della giurisdizione*, in *Il Sole 24 Ore*, 25 settembre 2023.

<sup>2</sup> A. FERRARI ZUMBINI, *The Judicial Power: The Weakest or the Strongest One? A Comparison Between Germany and Italy*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 2/2023, p. 327 ss.

<sup>3</sup> A. VILLANI, *Le «chiavi del postmoderno»: un dialogo a distanza*, Napoli, 1988, p. 16, nt. 6.

<sup>4</sup> Si vedano, in part., *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)* (1954), ora in *La proprietà nel nuovo diritto*, rist., Milano, 1964, pp. 299-300; *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, in *Studi in onore di A. Cicu*, Milano, 1951, II, p. 525 ss. Sulla modernità del pensiero di Pugliatti, *ex plurimis*, V. SCALISI, *Teoria e metodo in Salvatore Pugliatti*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 564 ss., secondo il quale, propugnando un diritto «senza una identità predefinita e *a priori*, ma contingente e instabile, socialmente e storicamente condizionato [...], Pugliatti è il vero anticipatore del post-moderno nel diritto» (*ivi*, 581); S. FAVARO, *La teoria della complessità sociale e il postmoderno nel diritto. Un esempio paradigmatico: la teoria della rappresentanza di Salvatore Pugliatti*, in *Tigor: rivista di scienze della comunicazione* - A. III, 2 (2011), p. 4 ss.

Angelo Falzea<sup>5</sup>. Se è vero che già per il giurista di ieri il problema di fondo era l'insufficienza del finito a comprendere la realtà in tutta la sua estensione, che è illimitata<sup>6</sup>, *a fortiori*, oggi il diritto «riflette la complessità della società»<sup>7</sup>, la cui irrefrenabile crescita ha reso indispensabile l'assunzione del momento giurisprudenziale nel processo di formazione e implementazione della regola giuridica, determinando la fine del dominio giuspositivistico ottocentesco. Il rapporto tra legislatore e giudice è influenzato in modo rilevante dalla complessità: con riguardo all'evoluzione dell'assetto dei centri di produzione normativa; ai mutamenti nella configurazione degli interessi regolati, non più riducibili alle contrapposte figure dell'interesse pubblico e dell'interesse privato; all'evoluzione del sistema delle fonti, sempre più distante dal quadro armonico assicurato dalla costruzione geometrica e ordinata della gerarchia<sup>8</sup>.

La c.d. «crisi della legge» è frutto dell'acquisita consapevolezza dello sfuggire dell'esperienza quotidiana alle maglie delle leggi vigenti. Il moltiplicarsi delle visioni etiche, che frenano un legislatore opportunistico e restio a misurarsi con decisioni critiche<sup>9</sup>, il diffondersi delle «scelte tragiche»<sup>10</sup> su aspetti essenziali della vita umana un tempo affidati alle leggi naturali e un'evoluzione tecnologica troppo rapida per il legislatore<sup>11</sup> fanno sì che i giudici – sia costituzionali che comuni – siano sempre più spesso destinatari di «deleghe» del legislatore, quindi costretti ad assicurare la tutela dei diritti e degli interessi costituzionalmente protetti mediante decisioni adottate sulla base di principi e scarse indicazioni legislative<sup>12</sup>.

L'ingresso nell'armamentario giuridico di norme generali prive di fattispecie, come quelle costituzionali, ha pure contribuito a espandere la

<sup>5</sup> *Complessità giuridica*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, p. 207 ss.

<sup>6</sup> F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 16.

<sup>7</sup> G. ALPA, *Paolo Grossi, alla ricerca di un ordine giuridico*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 391.

<sup>8</sup> M. BOMBARDELLI, *Intervento*, in *Giudici e legislatori*, in *Dir. pubbl.*, 2016, pp. 511-513.

<sup>9</sup> E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, p. 157.

<sup>10</sup> F. CALABRESE, G. BOBBIT, *Scelte tragiche*, 2<sup>a</sup> ed., a cura di V. Grembi, trad. it. di C.M. Mazzoni e V. Varano, Milano, 2006, p. 7 ss.

<sup>11</sup> S. RODOTÀ, *Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 359.

<sup>12</sup> A. RUGGERI, *Disordine del sistema delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice (tornando a riconsiderare talune correnti categorie teoriche alla luce delle più salienti esperienze della normazione e dei più recenti sviluppi istituzionali)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) (novembre 2020), p. 616; sull'inevitabile espansione della giurisdizione e del potere dei giudici come conseguenza dell'inattuazione dei diritti costituzionali, anche F. MASTROMARTINO, *La logica del garantismo. Cinque questioni su diritti e garanzie*, in L. FERRAJOLI *et al.*, *Il dover essere del diritto. Un dibattito teorico sul diritto illegittimo a partire da Kelsen*, a cura di P. Di Lucia e L. Passerini Glazel, Torino, 2020, pp. 202-203, secondo cui, «davanti alla perdurante inerzia, o peggio alla pervicace inadeguatezza, degli organi legislativi [...], il garantismo non può che guardare con misurato favore» a tale fenomeno.

discrezionalità dell'interprete, che è stato posto di fronte alla necessità di contemperare principi e valori, istanze individuali e collettive<sup>13</sup>. La trasformazione dello Stato costituzionale ha posto, quindi, legislatore e giudici sempre più in posizione paritaria<sup>14</sup>.

Non può essere certo trascurato, poi, il linguaggio del legislatore contemporaneo, spesso di modesta qualità e in taluni casi volutamente ambiguo, che crea enormi problemi interpretativi e applicativi<sup>15</sup>. È a tutti noto come, non di rado, il legislatore utilizzi consapevolmente termini generici ed espressioni con più significati possibili, rimettendo al giudice il compito di riempirli di contenuto al momento della decisione del caso concreto<sup>16</sup>. Si pensi ai concetti generici o alle clausole generali (sulle quali ci soffermeremo più avanti): conferire a queste ultime un elevato grado di indeterminatezza rappresenta spesso per il nostro legislatore una facile scorciatoia per trovare un compromesso tra forze politiche in disaccordo su questioni scottanti<sup>17</sup> (si pensi, a tacer d'altro, ai settori della bioetica<sup>18</sup> e ai temi della nascita indesiderata, delle cure compassionevoli, dell'adozione e della procreazione medicalmente assistita<sup>19</sup>).

È assai diffusa, dunque, l'impressione che il legislatore tenda ad addossare sempre più spesso ai giudici la soluzione di importanti questioni che imporrebbero scelte politiche da parte sua<sup>20</sup>.

<sup>13</sup> S. ROSSI, *La giurisprudenza come fonte di integrazione. Dalla prosa della vita a quella del diritto*, in *Il diritto tra testo e immagine. Rappresentazione ed evoluzione delle fonti*, a cura di C. Faralli, V. Gigliotti, P. Heritier e M.P. Mittica, Milano-Udine, 2014, p. 342; S. PENASA, *Giudice "Ercole" o giudice "Sisifo"? Gli effetti del dato scientifico sull'esercizio della funzione giurisdizionale in casi scientificamente connotati*, in *www.forumcostituzionale.it* (dicembre 2015), 2.

<sup>14</sup> G. VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 125; M. FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 295 ss.

<sup>15</sup> G. ALPA, *Il linguaggio omissivo del legislatore*, in G. CONTE, M. PALAZZO (a cura di), *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, Milano, 2018, p. 45 ss.

<sup>16</sup> R. GAROFOLI, *Il giudice tra creatività interpretativa e esigenze di legalità e prevedibilità*, in *www.federalismi.it*, n. 20/2019, 6; *Il giudice interprete o legislatore? Matilde Braccio intervista Vittorio Manes e Luca Pistorelli*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 1159.

<sup>17</sup> S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1213; ID., *Sindacato giurisdizionale tra discrezionalità amministrativa e indeterminazione della norma*, in *www.giustizia-amministrativa.it* (aprile 2020), § 2, che definisce l'evanescenza della norma, senza mezzi termini, «una tecnica efficace, ma truffaldina, per coagulare consensi su scelte confuse e non ben delineate».

<sup>18</sup> A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016.

<sup>19</sup> Su cui cfr. S. ROSSI, *op. cit.*, p. 344 ss.; più recentemente, G. BARCELLONA, *Diritto e pregiudizio: il legislatore, i giudici e la Corte alla prova della PMA*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2023, p. 245 ss.

<sup>20</sup> G. SILVESTRI, *Magistratura e politica: quale equilibrio?*, in *Il rapporto tra giudice e legislazione nella tutela dei diritti verso un nuovo equilibrio*. *Lectio magistralis di Paolo Caretti*, a cura di A. Cardone, F. Donati, M.C. Grisolia e G. Tarli Barbieri, Napoli, 2016, p. 51; F. CIARAMELLI, *Creazione e interpretazione della norma*, Troina, 2003, p. 21 ss.

All'esaltazione della giurisdizionalizzazione del diritto ha, poi, sicuramente contribuito la globalizzazione del diritto stesso, che Maria Rosaria Ferrarese ha definito «sconfinato»<sup>21</sup>. Si allude alla diffusione dei soggetti che emanano regole giuridiche: alla legislazione degli Stati nazionali si affiancano ormai da tempo le normative dell'Unione europea, delle organizzazioni internazionali, delle autorità amministrative indipendenti e di soggetti privati, con una moltiplicazione di fonti accentuata dal c.d. *soft law*, prodotto da organi privi di potere legislativo, ma avente in concreto efficacia normativa<sup>22</sup>.

Per questi e altri fattori<sup>23</sup>, «[a]ll'immagine tradizionale – recepita anche dalla nostra Costituzione – del giudice soggetto (solo) alla legge si va sostituendo quella di una competizione continua e paritaria: in cui, anzi, cedevole si mostra il diritto legislativo nei confronti del diritto giurisprudenziale, che si afferma ignorando le normazioni provenienti dagli organi rappresentativi democraticamente eletti»<sup>24</sup>.

È in questo contesto generale che si colloca oggi il tema della discrezionalità interpretativa, in particolare quella giudiziale<sup>25</sup>, essendo a tutti evi-

<sup>21</sup> *Diritto sconfinato*, Roma-Bari, 2006.

<sup>22</sup> R. BICHI, *Intelligenza Artificiale tra "calcolabilità" del diritto e tutela dei diritti*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 1774-1775; *amplius*, F. CAFAGGI, *Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato: un'introduzione*, in *Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato*, Roma-Bologna, 2016, p. 11 ss.; M.R. FERRARESE, *ibidem*. Recentemente, G. DI GASPARE, *Metateoria del positivismo giuridico*, in *Scritti in memoria di A. Romano Tassone*, a cura di F. Astone, M. Caldarera, F. Manganaro, F. Saitta, N. Saitta e A. Tigano, Napoli, 2017, II, p. 1128, ha efficacemente osservato che «[l]e relazioni di potere globalizzanti, erodendo e infiltrandosi nella statualità del diritto, tramite strumenti di diritto privato transnazionali, fanno sempre più risaltare l'inadeguatezza dell'osservanza di norme procedurali, vuote e formali, come mezzo efficace di tutela, mentre dilaga la schizofrenia giuridica tra l'incremento dei diritti, sanciti come fondamentali nel diritto positivo delle Carte e dei Trattati su cui insiste vanamente tanta dottrina (Rodotà), e l'annichilimento dell'individuo sostanzialmente deprivato di qualsiasi "azionalità" in giudizio per farli valere (Alpa)».

<sup>23</sup> Su cui, *amplius*, seppure con lo sguardo rivolto soprattutto al diritto penale, G. ZACCARIA, *Una "nuova" legalità penale tra testo e interpretazione*, in *Sistema penale*, n. 12/2022, pp. 11-15; S. TORDINI CAGLI, *Il giudice legislatore e la legalità apparente: il disastro ambientale*, in *Arch. pen.*, n. 2/2020, p. 1 ss.

<sup>24</sup> P.L. PORTALURI, *ibidem*. Di recente, anche M.A. SANDULLI, *Conclusioni delle "Giornate di studio sulla giustizia amministrativa" svoltesi al Castello di Modanella il 16/17 giugno 2023 sul tema "Sindacato sulla discrezionalità amministrativa e ambito del giudizio di cognizione"*, in [www.giustiziasieme.it](http://www.giustiziasieme.it), 6 settembre 2023, § 6, ha opportunamente ricordato che «il GA, pur bravissimo nel redigere norme, non è costituzionalmente e democraticamente legittimato a farlo».

<sup>25</sup> Invero, com'è stato recentemente notato, «[p]otremmo distinguere tra interpretazione dello studioso del diritto e interpretazione del giudice; e, ancora, tra interpretazione dell'avvocato e interpretazione dell'uomo comune. L'attività interpretativa dello studioso del diritto si risolve in un *conoscere per conoscere*, mentre quella del giudice in un *conoscere per volere*, in funzione della decisione; quella dell'avvocato consiste in un *conoscere per convincere*, tutto orientato a vincere la causa; e invece l'attività interpretativa dell'uomo

dente che, ai giorni nostri, l'interpretazione – qui intesa in senso ampio, «come attività compiuta dal giudice al fine di risolvere il caso a lui sottoposto», *ergo* comprensiva «di quelle attività (per esempio colmare le lacune e risolvere le antinomie) che sarebbe preferibile chiamare di integrazione e che presuppongono l'interpretazione intesa come determinazione e attribuzione di significato alle disposizioni normative»<sup>26</sup> – appare un'operazione non equiparabile a quella conosciuta dai giuristi del passato<sup>27</sup>: se il significato della legge non è più «quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse» (art. 12, comma 1, delle Preleggi), significa che – come ben diceva un compianto semiologo – si è ormai pervenuti a una «sovra-interpretazione»<sup>28</sup>.

2. Nel secondo dopoguerra, costituzionalizzandosi e democratizzandosi mediante l'inclusione di diritti fondamentali azionabili e di principi sostanziali, lo Stato mette in moto un processo di «rimaterializzazione» del diritto positivo. Il ragionamento giuridico non può più essere ridotto a una deduzione sillogistica da norme e prescindere da un accertamento della *ratio* e degli scopi dei provvedimenti e delle disposizioni né dal bilanciamento di principi, che a loro volta devono essere riempiti di contenuto mediante concezioni sostanziali di valori<sup>29</sup>. La rigida separazione tra diritto e morale appare adesso come la prescrizione di un ideale e la pretesa di superiorità epistemologica del giuspositivismo rispetto al giusnaturalismo risulta ribaltata: se ne accorgono bene gli stessi giuspositivisti, i quali propongono una giustificazione politica (valorativa) per una teoria del concetto di diritto come dispositivo disconnesso dalla morale<sup>30</sup>.

Com'è noto, nella seconda metà del secolo scorso, si è assistito al passaggio dal tempo dei codici a quello delle costituzioni<sup>31</sup>, dalla legislazione

comune è un *conoscere per sapere* quali regole si applicano al suo agire»: F. GAMBINO, *Ragionamento giuridico e senso delle parole*, in *Giust. civ.*, 2022, 566.

<sup>26</sup> Così V. VELLUZZI, *Due (breve) note sul giudice penale e l'interpretazione*, in *Criminalia*, 2012, pp. 305-306, anche in nota, che definisce interpretazione giuridica in senso stretto la «determinazione del significato delle disposizioni normative».

<sup>27</sup> M. ANTONIOLI, *Dal governo degli uomini al governo della legge*, in ID., A. MANIACI, *Dal principio di legalità allo stato giurisdizionale. Analisi critica dell'interpretazione giudiziaria*, Torino, 2020, p. 26.

<sup>28</sup> U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, 1990, *passim*.

<sup>29</sup> M. LA TORRE, *Positivism giuridico*, in *Enc. dir.*, Annali, VI, Milano, 2013, pp. 715-716.

<sup>30</sup> U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965.

<sup>31</sup> Analogο passaggio si era verificato, nell'800, nella Francia della Terza Repubblica, con il superamento dell'interpretazione letterale del *code civil* (la c.d. «Scuola dell'esegesi») e la proposta di nuove forme ermeneutiche, come l'interpretazione storica, sociologica e comparatistica, che avevano favorito la libertà del giurista e il suo affrancamento dal testo della legge: cfr. F. MARINELLI, *L'impressionismo giuridico. Artisti e giuristi nella Francia dell'Ottocento*, Pisa, 2022.

minuta a quella dei principi, dei diritti fondamentali che si affermano per il tramite di una fonte di derivazione legislativa che sottrae alcune posizioni giuridiche del singolo alla disponibilità della maggioranza politica, quindi a un nuovo modo di essere degli stessi sistemi giuridici democratici, che, attraverso i neonati giudici delle leggi, hanno rotto il tradizionale schema imperniato sulla classica divisione dei poteri<sup>32</sup>. È il fenomeno definito «neo-costituzionalizzazione», consistente nell'avvertita esigenza di valorizzare e applicare i principi e le regole ricavati dalle costituzioni nazionali; per dirla con le parole del compianto Paolo Grossi, di «cercare e trovare il diritto nel sostrato valoriale di una civiltà storica»<sup>33</sup>, che ha generato un'ampia revisione di interi settori giuridici per effetto degli interventi – interpretazione adeguatrice e applicazione diretta delle norme costituzionali – a opera delle corti costituzionali e degli stessi giudici comuni<sup>34</sup>. A partire da un determinato momento, i principi costituzionali sono stati invocati per orientare l'interpretazione di norme generali e per procedere alla concretizzazione delle clausole generali<sup>35</sup>, finendo per favorire la diffusione di una generale propensione a riconsiderare interi istituti, che sono stati letteralmente pervasi nella loro intrinseca natura dai valori espressi dalle carte costituzionali<sup>36</sup>. A un certo punto, intorno agli anni '70, il processo di alte-

<sup>32</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 54.

<sup>33</sup> Dalle «clausole» ai «principii»: a proposito dell'interpretazione come invenzione, in *Giust. civ.*, 2017, 9. Nel senso che l'evoluzione in senso costituzionale dell'ordinamento italiano ha successivamente contribuito a integrare il primato epistemologico della scienza giuridica con il primato assiologico attribuito alle dottrine e interpretazioni scaturenti dalla Costituzione, S. PENASA, *Ai confini del diritto pubblico: ibridazione dei metodi e identità epistemologiche nel prisma del primato assiologico della Costituzione*, in F. CORTESE, C. CARUSO e S. ROSSI (a cura di), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, Milano, 2020, p. 180.

<sup>34</sup> G. CONTE, *Il processo di neo-costituzionalizzazione del diritto privato. Notazioni sull'efficacia precettiva e sulle modalità applicative dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 152.

<sup>35</sup> Così G. CONTE, *op. cit.*, pp. 160-161, il quale ricorda che un manifesto programmatico di questo nuovo ruolo assegnato alla Costituzione venne abbozzato nel documento conclusivo del XII Congresso nazionale dell'A.N.M. svoltosi a Gardone Riviera nel settembre 1965, nel quale si rimarcò, tra l'altro, il dovere del giudice di «applicare direttamente le norme della Costituzione, quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso» (sul dibattito congressuale, influenzato dalle contrapposizioni politiche dell'epoca, v. E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2018, pp. 70-73). Analogamente, circa un decennio dopo, P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1976, p. 27, affermava che la Carta costituzionale non esprime un insieme astratto di comandi, ma un complesso di regole e principi, alla cui applicazione i giuristi sono obbligati ogniquale volta debbano risolvere un problema concreto.

<sup>36</sup> E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, pp. 644-645, la quale individua nelle norme costituzionali «una sorta di calcio innovatore per le categorie civilistiche»; A. D'ANGELO, *Discorso giuridico, termini tecnici e concetti, ivi*, 2016, p. 320, il quale fa l'esempio della tendenza a saldare la buona fede oggettiva e la correttezza alla

razione della dinamica classica della relazione tra legge e interpretazione è apparso ormai irreversibile e ha determinato una sensibile trasformazione del giudice<sup>37</sup>.

Del resto, i principi espressi dalle norme costituzionali sono valori che, dopo essere stati stabilmente incorporati nel sistema del diritto positivo, esigono una piena giuridicità e, a causa della loro pluralità e coesistenza, nonché per il differente peso che assumono di volta in volta nelle singole fattispecie concrete, devono essere bilanciati dall'interprete<sup>38</sup> al fine di determinare la norma applicabile e la soluzione preferibile sulla scorta di un giudizio dipendente da molteplici caratteri<sup>39</sup>. Va da sé, poi, che l'idea che i principi costituzionali siano sempre da ponderare – piuttosto che da applicare<sup>40</sup> – e che tale ponderazione debba essere effettuata con principi morali inventati dai giudici possa suscitare alcune perplessità. Le operazioni di bilanciamento giudiziale presentano indiscutibilmente un tasso più o meno elevato di creatività<sup>41</sup>, tant'è che gli stessi fautori dell'interpretazione «per principi» non possono far a meno di notare che un bilanciamento senza gerarchia deresponsabilizza il giudice, libero di non pronunciarsi su priorità di valori, con conseguente pericolo di scadimento nel puro decisionismo e nell'arbitrio; da qui la triplice esigenza di: evitare che il giudizio sui valori favorisca l'intolleranza e visioni assolutiste o fondamentaliste della vita; ga-

solidarietà dell'art. 2 Cost. Nel senso che, sin dai primi anni '70 del secolo scorso, di fronte a un nuovo sistema in cui i principi appaiono come un necessario strumento di lettura della realtà, che non può più essere ridotta entro lo schema della legge astratta e della fattispecie, la scienza giuridica inizia a riflettere su una legalità nuova e diversa che investe l'intero diritto privato, G. VETTORI, *Contratto e Costituzione*, in *Enc. dir.*, I tematici, I, Milano, 2021, pp. 273-274.

<sup>37</sup> V. MAIELLO, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sistema penale*, n. 3/2020, p. 132.

<sup>38</sup> G. ZACCARIA, *Riflessioni sul nichilismo giuridico di Natalino Irti*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 774.

<sup>39</sup> P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 10<sup>a</sup> ed., Napoli, 2021, p. 16, il quale aggiunge che la dottrina del bilanciamento diffusasi di recente nega l'esistenza di una gerarchia interna ai principi, ergo che nella (prima parte della) Costituzione si possa rintracciare un ordine di preferenza tra i principi fondamentali. Diversa è la posizione di L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Roma-Bari, 2021, 144-147, che reputa insostenibile la tesi che le norme sostanziali più importanti sulla produzione legislativa – cioè, il principio di uguaglianza e i diritti fondamentali – siano principi oggetto di ponderazione o bilanciamento (anziché regole oggetto di applicazione) e sostiene che si tratti, invece, di norme «tetico-deontiche», di principi regolativi, potendosi considerare regole tutte le norme di cui siano configurabili gli atti che ne sono osservanze o violazioni.

<sup>40</sup> Sul passaggio dalla sussunzione, tradizionalmente usata per applicare le norme (ora si dice regole), alla ponderazione, M. ATIENZA RODRÍGUEZ, J.A. GARCIA AMADO, *Un dibattito sulla ponderazione*, Napoli, 2021.

<sup>41</sup> G. FIANDACA, *Intorno al bilanciamento in ambito penale, tra legislazione e giurisprudenza*, in L. DI CARLO (a cura di), *Bilanciamento e sistema delle fonti*, Torino, 2020, p. 82.

rantire che le argomentazioni giudiziali siano fedeli al testo costituzionale; assicurare una certa continuità nella giurisprudenza<sup>42</sup>. Una strada irta di difficoltà, ove si consideri che i principi fondamentali costituiscono una sinfonia di valori finché non vengano in conflitto, proponendo bilanciamenti problematici; essi sono porosi e astratti e il principio di ragionevolezza, esprimendo una valutazione meramente negativa di non-incompatibilità, lascia aperta la scelta tra le opzioni che non entrano in collisione con il dettato costituzionale, diventando strumento di potere nelle mani di chi lo utilizza<sup>43</sup>.

Il moltiplicarsi disordinato delle fonti, generando l'idea che il diritto si debba realizzare come caso da cogliere nella sua singolarità<sup>44</sup>, manda in crisi il modello del sillogismo giuridico<sup>45</sup>, quantomeno con riguardo al «contesto della scoperta» e alla sussunzione, che ne rappresenta l'elemento costitutivo<sup>46</sup>. L'impraticabilità di tale metodo, conseguenza necessaria della mancanza di una fattispecie, elimina il diaframma normalmente esistente tra i fatti e l'enunciato normativo, rappresentato dalla componente condizionale di quest'ultimo, e pone le direttive etico-politiche di cui è portatore il principio invocato nel caso controverso in presa diretta con i fatti<sup>47</sup>.

Il metodo sussuntivo, caposaldo del pensiero giuridico positivista<sup>48</sup>, criticato per il «formalismo nell'applicazione del diritto», per l'idea «di poter applicare le norme attraverso inferenze logiche o catene di inferenze logiche»<sup>49</sup>, cede, dunque, gradualmente il passo al criterio del «bilanciamento degli interessi e dei valori»<sup>50</sup>. L'art. 12 delle Preleggi – già di per sé

<sup>42</sup> P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, pp. 16-17.

<sup>43</sup> R. PARDOLESI, *Una nota introduttiva*, in *Foro it.*, 2021, V, c. 163.

<sup>44</sup> F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, 2ª ed., Padova, 2001, pp. 48-60.

<sup>45</sup> Per una critica radicale di tale modello, M. COSSUTTA, *Riflessioni sulla giurisprudenza come scienza. Dal more geometrico alla geometrie der totalen rechtserscheinung*, Trieste, 2018, pp. 81-118.

<sup>46</sup> F. CASA, *Itinerari filosofici del diritto civile contemporaneo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 311. Secondo A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 2/2007, p. 4 ss., «non v'è dubbio che applicare alla Costituzione – ossia a un atto normativo le cui disposizioni fondamentali contengono valori e principi – metodiche interpretative di tipo logico-formale, il cui momento principale è dato dal sillogismo deduttivo di sussunzione, non ha alcun senso».

<sup>47</sup> N. RIZZO, *Note minime sull'uso dei principi costituzionali nel diritto dei contratti, rileggendo Dworkin e Hart*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 914.

<sup>48</sup> Per più ampie considerazioni sul punto, cfr. L. ROVELLI, *Il diritto civile tra legge e giudizio. A proposito del recente contributo di Nicolò Lipari*, in *Contr. e impr.*, 2018, pp. 598-600, che parla di vero e proprio «mito positivista».

<sup>49</sup> U. SCARPELLI, *Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi*, in *Id.*, *Etica senza verità*, Bologna, 1982, p. 252.

<sup>50</sup> P. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 716 ss. È stato, peraltro, recentemente sostenuto che, se ha ragione chi ritiene indifendibile un siffatto modello deterministico, rap-

intimamente contraddittorio nella misura in cui l'«intenzione del legislatore», ch'esso impone di considerare unitamente al «senso fatto palese dal significato proprio delle parole», potrebbe condurre a risultati opposti da quest'ultimo<sup>51</sup> – viene ritenuto tacitamente abrogato da autorevoli esponenti della dottrina civilistica<sup>52</sup>, che ne ritengono «definitivamente sepolti» i relativi schematismi<sup>53</sup> o al più ne propongono una lettura «rovesciata» o «capovolta», che consenta di «dare un significato proprio alle parole solo partendo dai principi generali, per guardare ai casi simili, quindi all'intenzione del legislatore, al contesto delle disposizioni e quindi al senso della singola norma»<sup>54</sup>. Si afferma che il pluralismo delle fonti che connota il tempo post-moderno non è più compatibile con un interprete mero esegeta di un testo autoritario<sup>55</sup>, con il «letto costrittivo» nel quale l'art. 12 delle Preleggi – fornendo, peraltro, un'idea falsa del concreto svolgimento dell'attività interpretativa, nel cui ambito la discrezionalità dell'interprete è assai più ampia di quanto lascerebbe intendere il riferimento al senso

presentato metaforicamente dall'immagine dell'automa della sussunzione, intesa invece in senso più debole, quale vincolo della decisione ad una regola, la sussunzione risulta costitutiva della prassi giudiziale, così come dell'attività di preparazione della decisione, svolta dalla scienza giuridica: U. NEUMANN, *Sussunzione come decisione di un caso orientata a una regola*, in *Ars interpretandi*, 2013, p. 83 ss.

<sup>51</sup> G. CHRISTANDL, *Percorsi metodologici della civilistica italiana. Una breve storia a partire dal XIX secolo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 66. Osserva a tal proposito A. LAMORGESE, *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*, in *Quest. giust.*, n. 4/2016, pp. 116-117, che l'anzidetto dualismo presente all'interno della disposizione va risolto con la svalutazione del criterio interpretativo letterale.

<sup>52</sup> P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss. (ora in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 273 ss.), spec. 1002 ss.; ID., *L'interpretazione giuridica e i suoi canoni. Una lezione agli studenti della Statale di Milano*, *ivi*, 2014, p. 420 ss., laddove l'art. 12 delle Preleggi viene definito un «pezzo di archeologia giuridica»; ID., *Una lezione agli studenti della «Federico II». Il «diritto privato» nell'unità del sistema ordinamentale*, *ivi*, 2019, 412, che parla di necessario ripensamento dell'attività interpretativa come immediata conseguenza del nuovo sistema ordinamentale connotato dal costituzionalismo globale; ID., *Manuale*, cit., p. 106.

<sup>53</sup> N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Ermeneutica e positività del diritto. Studi in onore di G. Zaccaria*, a cura di D. Canale, E. Pariotti e B. Pastore, Roma, 2019, p. 79.

<sup>54</sup> M.M. FRACANZANI, *Divieto di analogia nelle norme eccezionali ed interpretazione estensiva. Alla ricerca di un criterio distintivo con dignità teorica ed utilità pratica nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 173 ss., *passim*, ma spec. pp. 183 e 190-197; N. LIPARI, *A partire da «L'invenzione del diritto» di Paolo Grossi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 355, secondo cui la prospettiva da coltivare è quella di «ricavare le norme dai principî, anziché il contrario», in tal modo «rovesciando il paradigma che ci era stato insegnato nell'ottica dell'art. 12 delle preleggi».

<sup>55</sup> N. LIPARI, *Il diritto civile*, cit., p. 281, evidenzia «l'impossibilità di ricondurre il sistema delle fonti a quella che una volta era la schematica elencazione dell'art. 1 delle preleggi».

fatto palese dal significato delle parole, anche perché ogni parola ha più significati<sup>56</sup> e cambia significato nel tempo, sicché l'interprete compie, già a tal riguardo, una valutazione discrezionale<sup>57</sup> – vuole collocare l'interpretazione/applicazione<sup>58</sup>, ma richiede un «inventore» (nel senso grossiano del termine, dal latino *invenire/inventio*: cercare per trovare) che si muova nella nuova dimensione costituzionale per contribuire a produrre diritto<sup>59</sup>. E un siffatto spostamento dell'asse portante dell'ordinamento dalla legge all'interpretazione contribuirebbe a evidenziare ulteriormente come le disposizioni preliminari al codice civile del 1942, pur formalmente ancora vigenti, siano dissonanti con le linee portanti dell'ordine giuridico disegnato dalla Costituzione<sup>60</sup> (e oggi anche con il diritto dell'Unione europea e la CEDU<sup>61</sup>). Il sillogismo, che ben si addiceva al giudice del vecchio Stato di diritto di marca liberal-borghese, il quale doveva adattare il fatto a una norma pensata come premessa maggiore di un procedimento squisitamente logico-deduttivo, viene ritenuto ormai inadatto al giudice dei nostri tempi, che, mediante operazioni valutative, deve adattare la norma al fatto di vita, «plasmare le sostanze normative in modo da renderle conformi al patrimonio positivizzato di valori»<sup>62</sup>, facendo uso, oltre che della propria razionalità, di «qualità di intuizione percezione comprensione, tutte segnate sul piano assiologico»<sup>63</sup>. Il tentativo di ricondurre ancora l'interpretazione ai canoni delle Preleggi sarebbe, insomma, dettato più da nostalgia di ordine e di uniformità interpretative che da argomenti logici deducibili dal sistema

<sup>56</sup> V. ITALIA, *Problemi sul significato "proprio" delle parole e sull'interpretazione*, in *Studi in memoria di A. Romano Tassone*, cit., II, 1647. Sulla difficoltà del criterio interpretativo in parola, G. TRACUZZI, *Sul "significato proprio delle parole"*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2012, p. 564 ss.

<sup>57</sup> F. ASTONE, *Appunti sull'interpretazione della legge*, Pisa, 2020, pp. 12 e 90.

<sup>58</sup> P. GROSSI, *Il giudice civile. Un interprete?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, p. 1142.

<sup>59</sup> Nel senso che, nel caso dell'applicazione dei principi costituzionali e della loro ponderazione, la regola non dev'essere semplicemente applicata, ma scoperta e formalizzata mediante il bilanciamento tra i principi che compongono il sistema dei valori costituzionali, A. JANNARELLI, *Dall'età delle regole all'età dei principi ed oltre? Problemi e paradossi del diritto privato post-moderno*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 994.

<sup>60</sup> Così P. GROSSI, *Nota introduttiva. Sull'esperienza giuridica pos-moderna (a proposito dell'odierno ruolo del notaio)*, in G. CONTE, M. PALAZZO (a cura di), *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, Milano, 2018, p. 35, il quale trova strano che nemmeno uno dei tanti giuristi cc.dd. progressisti ne abbia mai chiesto la cancellazione «quali residui di una concezione autoritaria in perfetta consonanza con i postulati del regime fascista»; L. PALADIN, *Costituzione, preleggi e codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 19 ss., secondo cui la Costituzione non può non aver avuto impatto sulle norme che regolano l'interpretazione della legge.

<sup>61</sup> V. VELLUZZI, *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, 2013, p. 70 ss.

<sup>62</sup> N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 71.

<sup>63</sup> P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, pp. 841-842.

costituzionale<sup>64</sup>, non potendosi più sostenere che l'attività dell'interprete sia regolata da una logica preconstituita con un procedimento per gradi, una sorta di algoritmo<sup>65</sup>, cioè che le interpretazioni letterale, logica e sistematica<sup>66</sup> siano fasi distinte cronologicamente e logicamente<sup>67</sup>. Il senso – si sostiene – «non è una qualità della parola, ma la sua relazione a una cosa, ad un contesto materiale o ad un contesto di esperienza», per cui l'interpretazione deve tener conto di tale riferimento esterno al testo e non rimanere chiusa a un significato proprio delle parole, come invece si legge nell'art. 12 delle Preleggi<sup>68</sup>. A parte il fatto che la stessa presenza di una disciplina legale dell'interpretazione finisce spesso per complicare le cose, piuttosto che semplificarle, nella misura in cui le disposizioni normative sull'interpretazione della legge devono essere a loro volta interpretate<sup>69</sup> e non è chiaro quale rapporto intercorra tra più argomenti interpretativi eventualmente prescritti né quale sia il loro ambito applicativo<sup>70</sup>.

Va da sé, poi, che, in siffatto approccio, non poteva mancare una critica del principio “*in claris non fit interpretatio*”: l'interpretazione – si è detto – non può essere letterale e non può mai mancare, nemmeno quando la legge appare chiara<sup>71</sup>; il compito dell'interprete non può variare a seconda che sia chiamato ad applicare leggi chiare oppure leggi ambigue: la chiarezza non è un *prius* (il presupposto), ma un *posterius* (il risultato) dell'interpretazione<sup>72</sup>. Nemmeno la nozione di «caso chiaro», insomma, mette fuori causa l'interpretazione; al contrario, la presuppone, giacché, per stabilire che un certo caso sia chiaro occorre prima espletare un'attività interpretativa, «proprio perché un caso è chiaro alla luce di una norma, rispetto ad una

<sup>64</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4ª ed., Napoli, 2020, p. 574 ss.

<sup>65</sup> Così L. VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici*, 2ª ed., I, Milano, 2018, p. 41, definisce l'art. 12 delle Preleggi «in quanto impone all'interprete una sequenza predeterminata di operazioni, che sono strumentali per la produzione di una soluzione».

<sup>66</sup> Su cui U. BRECCIA, *Discorsi sul diritto. Appunti per un corso di “teoria generale del diritto”*, Pisa, 2019, p. 373 ss.; L. VIOLA, *op. cit.*, 71 ss.; V. VELLUZZI, *op. ult. cit.*, p. 57 ss.

<sup>67</sup> P. MADDALENA, *Interpretazione sistematica e assiologica del diritto*, in *Giust. civ.*, 2009, p. 74.

<sup>68</sup> P. MADDALENA, *I percorsi logici per l'interpretazione del diritto nei giudizi davanti la Corte costituzionale*, in *Amb. e svil.*, 2011, p. 1008.

<sup>69</sup> In tal senso, con specifico riguardo all'art. 12 delle Preleggi, G. CORATO, *Gli argomenti del diritto. L'argomento psicologico (o ricorso alla volontà/intenzione del legislatore concreto)*, in *www.giurisprudenzapenale.com* (2016), 8. Nel senso che, più in generale, «[i]l testo normativo è muto e, per essere applicato, richiede l'intervento dell'interprete», G. ALPA, *Giudici e legislatore*, in *Dir. pubbl.*, 2017, p. 32.

<sup>70</sup> V. VELLUZZI, *op. ult. cit.*

<sup>71</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto giurisprudenziale e il ruolo della dottrina*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 6.

<sup>72</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 579; ID., *Manuale*, cit., p. 111.

norma, e la norma è il prodotto di una interpretazione»<sup>73</sup>. Stabilire se un caso è facile, in altri termini, richiede di per sé la soluzione di un problema interpretativo e implica, dunque, un'attività interpretativa propriamente intesa<sup>74</sup>. «*Etiam in claris fit interpretatio*»<sup>75</sup>.

La stessa giurisprudenza, del resto, conferma che tale principio non esime in assoluto l'interprete dalla verifica del risultato con altri modelli interpretativi al fine di provare la correttezza dell'enunciato<sup>76</sup>.

In un contesto in cui, a tutto voler concedere, si afferma che l'art. 12 delle Preleggi, finché esisterà, dovrà comunque essere oggetto di una lettura ermeneutica e non analitica, che tenga conto del fatto che esso fa riferimento, oltre che alla legge e al significato delle parole, anche all'intenzione del legislatore, «che esige un riferimento al diritto vigente e dunque al complesso delle fonti descritto nell'art. 117»<sup>77</sup>, non mancano voci dissonanti, che contrappongono la difesa dell'assoluta residualità del ricorso ai principi fondamentali, nel rispetto dell'art. 12 delle Preleggi<sup>78</sup>, osservando che se le norme ordinarie (o i principi generali comuni) sono (o possono essere resi) conformi ai principi fondamentali, non v'è ragione per applicare direttamente questi ultimi<sup>79</sup>.

<sup>73</sup> G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, Torino, 2021, 98; in termini, P. PERLINGIERI, «Principi generali» e «interpretazione integrativa» nelle pagine di Emilio Betti, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 115: «la chiarezza della legge è, se c'è, soltanto un risultato dell'interpretazione».

<sup>74</sup> T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 351 ss., ora in ID., *Problemi giuridici*, Milano, 1959, 139 ss.; T. MAZZARESE, *Interpretazione letterale: giuristi e linguisti a confronto*, in V. VELLUZZI (a cura di), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino, 2000, pp. 122-123; M. TROPER, *Cos'è la filosofia del diritto*, Milano, 2003, p. 83; N. IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 codice civile*, Padova, 1996, pp. 63-66.

<sup>75</sup> G. PINO, *ibidem*.

<sup>76</sup> Cass. civ., Sez. I, 30 giugno 2016, n. 13433, in *CED Cassazione*, 2016.

<sup>77</sup> G. VETTORI, *op. ult. cit.*, 274.

<sup>78</sup> G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 443 ss.

<sup>79</sup> Così A. FALZEA, *La Costituzione e l'ordinamento*, cit., p. 284 ss.; adesivamente, E. NAVARRETTA, *Costituzione e principi fondamentali*, cit., p. 990, la quale osserva che se una norma ordinaria (o un principio regolatore) è coerente con i principi costituzionali o è resa conforme a essi in via interpretativa, la sua applicazione consente di rispettare la regola e il principio costituzionale, garantendo al contempo anche il rispetto del principio di uguaglianza. Di contro, l'applicazione diretta del principio fondamentale in presenza di una norma ordinaria a esso conforme, ancorché rispettosa del principio costituzionale, comporterebbe la disapplicazione della norma ordinaria, in violazione del principio di separazione dei poteri. Ci sembra simile la posizione di C. CAMARDI, *Brevi riflessioni sull'argomentazione per principi nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1133, secondo la quale la questione della *Drittwirkung* dev'essere impostata, da un lato, senza la pregiudiziale convinzione che l'applicazione diretta delle norme costituzionali sia preclusa dall'assenza di una legge ordinaria attuativa delle stesse, ciò che si tradurrebbe nel paradosso per cui la supremazia del precetto supremo ne determinerebbe la paralisi in attesa della fattispecie attuativa (come

E c'è addirittura chi denuncia la crisi della calcolabilità giuridica, auspicando un ritorno al normativismo della fattispecie<sup>80</sup>.

Su queste problematiche non possiamo qui ulteriormente indugiare<sup>81</sup>, mentre con riguardo all'atteggiamento assunto dalla giurisprudenza ci limitiamo, per il momento, a rilevare che se, già mezzo secolo fa, il Consiglio di Stato non aveva potuto far a meno di riconoscere che «il diritto amministrativo risulta [...] non soltanto da norme, ma anche da principi che dottrina e giurisprudenza hanno elaborato e ridotto ad unità e dignità di sistema»<sup>82</sup>, più recentemente, la Corte di cassazione non ha esitato a ritenere che l'accertamento dell'intenzione del legislatore possa condurre a superare il tenore letterale della norma, dovendosi privilegiare la funzione evolutiva e adeguatrice dell'interpretazione della legge: «da tempo è divenuto desueto il noto canone *in claris non fit interpretatio* e l'art. 12 disp. prel. c.c. non privilegia più il criterio interpretativo letterale perché, facendo riferimento alla intenzione del legislatore, evidenzia un riferimento essenziale alla coerenza della norma e del sistema»<sup>83</sup>.

Acclarato, dunque, che il fondamento del suddescritto ampliamento dei poteri decisorii del giudice sta nel crescente e irrinunciabile spazio che hanno assunto – nell'attività dell'applicazione del diritto – i principi del diritto (soprattutto, ma non solo, quelli costituzionali), e nel conseguente estendersi anche ai giudici comuni della «tecnica del bilanciamento dei diritti e degli interessi»<sup>84</sup>, vorremmo soffermarci per un attimo su tale tecnica, invero frequentemente utilizzata anche dal giudice amministrativo.

Ciò, innanzitutto, per ribadire che il suddetto potere giudiziale può certamente ammettersi, seppure non illimitatamente, in presenza di una *lacuna legis*, mentre deve escludersi in presenza di fenomeni regolati dal legislatore: la presenza di una norma di legge, infatti, implica un bilanciamento dei diritti e degli interessi già effettuato dal legislatore al quale il giudice

sostenuto, ad es., da N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 9 ss.); dall'altro, però, senza l'opposta pregiudiziale in base alla quale le norme costituzionali si possano applicare direttamente sempre e comunque, a prescindere dall'intervento legislativo attuativo e/o dall'accertamento dell'esistenza di una lacuna normativa e financo abrogando norme ordinarie ritenute contrastanti (come sostenuto, ad es., da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., *passim*).

<sup>80</sup> N. IRTI, *op. ult. cit.*, *passim*, ma spec. 36 ss.

<sup>81</sup> Per maggiori approfondimenti, sia consentito rinviare a F. SAITTA, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, pp. 123-144 e 169-209.

<sup>82</sup> Ad. plen., 28 gennaio 1961, n. 3, in *Cons. Stato*, 1961, I, p. 8. Sul ruolo dei principi nel diritto amministrativo, di recente, M.A. SANDULLI, *Introduzione. La complessità delle fonti, le tendenze del sistema e il ruolo dei principi nel diritto amministrativo*, in Id. (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, 4ª ed., Milano, 2023, 1 ss., spec. pp. 11-12.

<sup>83</sup> Sez. I, 4 aprile 2014, n. 7981, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, I, p. 1070.

<sup>84</sup> G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, 2022, p. 20.

non può sovrapporre e sostituire la propria valutazione, potendo soltanto ritenere che il caso concreto non rientri nella fattispecie astratta descritta dalla norma di legge. Il giudice potrà certamente ritenere irragionevole, quindi costituzionalmente illegittima, la disposizione da applicare, ma in tal caso dovrà sollevare la questione di legittimità costituzionale e non potrà decidere la controversia operando direttamente un bilanciamento degli interessi contrastante con quello consacrato nella norma di legge<sup>85</sup>.

Depone in tal senso recente e autorevole giurisprudenza in materia di maternità surrogata.

La Corte costituzionale ha, infatti, ricordato che «[i]l compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco. Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistemica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore»<sup>86</sup>.

A conclusioni analoghe è pervenuta la Corte di cassazione, che ha detto chiaramente che, «anche quando non si trova al cospetto di un enunciato normativo concepito come regola a fattispecie, ma investito del compito di concretizzare la portata di una clausola generale [...] o di un principio, [...] il giudice non detta né introduce una nuova previsione normativa. La valutazione in sede interpretativa non può spingersi sino all'elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del legislatore. La giurisprudenza non è fonte del diritto»<sup>87</sup>.

E financo il Presidente della Repubblica, nella scorsa primavera, ha notato che «[t]alvolta le istanze di tutela dei diritti che vengono presentate alla Ma-

<sup>85</sup> Di recente, M. LUCIANI, *L'interpretazione conforme nel diritto amministrativo* (Relazione al Convegno su: «L'interpretazione nel diritto amministrativo tra legalità e discrezionalità» - Roma, 17 novembre 2023), in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), § 3.2.

<sup>86</sup> Sent. 9 marzo 2021, n. 33, in *Giur. cost.*, 2021, p. 321. Nel senso che la stessa Corte costituzionale non gode di un illimitato potere di sostituirsi al legislatore, dovendo escludersi che possa giustificarsi una violazione della separazione dei poteri al fine di tutelare i diritti dei cittadini, R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti e il rispetto del principio della separazione dei poteri*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 12 settembre 2023.

<sup>87</sup> Sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Riv. dir. intern.*, 2023, p. 274.

gistratura assumono connotazioni nuove e inedite, rispetto alle quali risulta difficile rinvenire una puntuale e chiara disciplina normativa, nonostante sia stata a più voci sollecitata. Vi sono, indubbiamente, alcuni ritardi del Legislatore. Ma la risposta alle istanze di giustizia impegna la Magistratura a trovare soluzioni ancorate esclusivamente nel diritto positivo. Si deve avere ben chiara la distinzione della doverosa interpretazione e applicazione delle norme rispetto alla pretesa di poterne creare per soddisfare esigenze che non possono trovare riscontro nell'ambito della funzione giurisdizionale, secondo quanto è previsto nel nostro ordinamento costituzionale»<sup>88</sup>.

Va, poi, sfatato un mito concernente le clausole generali e il potere di integrazione valutativa che l'interprete deve esercitare per determinarne il significato<sup>89</sup>.

Facciamo un bel passo indietro tornando al 1° aprile 1933, quando Justus W. Hedemann licenziò un libro dal titolo *La fuga nelle clausole generali* con un sottotitolo eloquente: *Una minaccia per il diritto e per lo Stato*<sup>90</sup>. Ebbene, ancorché l'autore avesse descritto i risultati del diritto libero e della penetrazione delle clausole generali in tutte le branche del diritto, enunciando i relativi pericoli (rammollimento, incertezza, arbitrio), la conclusione di quel libro «ci porta ad un'altra conclusione. Non sono le clausole generali ad essere pericolose, ma è pericoloso il modo in cui esse si interpretano e si applicano da parte dei giudici. Hedemann non ama il giudice libero nella interpretazione della legge, vuole un giudice controllato. Di qui il suo consiglio: il giudice deve essere consapevole dei pericoli nell'uso delle clausole e farne un impiego "equilibrato"»<sup>91</sup>.

Tornando ai nostri tempi, indicazioni per un uso accorto delle clausole generali sono state recentemente fornite dalla più autorevole dottrina costituzionalistica, la quale ha osservato che gli indubbi rischi sottesi all'utilizzazione di tali clausole possono essere contenuti perché fra le stesse e la giustizia del caso singolo non c'è in realtà alcun rapporto di logica consequenzialità: tutto dipende da quale azione intellettuale riteniamo venga richiesta all'interprete dalla clausola generale<sup>92</sup>.

<sup>88</sup> Discorso alla cerimonia d'inaugurazione della Terza sede della Scuola Superiore della Magistratura a Castel Capuano del 15 maggio 2023, in *www.quirinale.it*.

<sup>89</sup> Sul punto, V. VELLUZZI, *Clausole generali ed argomentazione giudiziale*, in R. SACCHI (a cura di), *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare*, Milano, 2021, p. 91.

<sup>90</sup> *Die Flucht in die Generalklauseln: Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, 1933.

<sup>91</sup> G. ALPA, *Recensione a Justus W. Hedemann, La fuga nelle clausole generali. Una minaccia per il diritto e per lo Stato*, trad. it. a cura di L. Nivarra, Pisa, 2022, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, p. 711.

<sup>92</sup> M. LUCIANI, *Il ruolo della giurisprudenza: applicazione delle clausole generali e certezza dei rapporti giuridici*, in *Le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio di legalità*, a cura di G. Grasso, M. Maugeri, L. Salvato e F. Troncone, Roma, 2023, p. 175.

Ebbene, innanzitutto, deve escludersi che, per ricostruire il contenuto di una clausola generale, il giudice chiamato a interpretarla debba «accertare le correnti profonde della società. [...] nemmeno il giudice-Ercole di Dworkin saprebbe durare una simile fatica»<sup>93</sup>. Quando deve applicare una clausola generale, il giudice ha a disposizione tutte le plurime norme a fattispecie rinvenibili nell'ordinamento: sono queste ultime a inverare la clausola generale, disvelandone il contenuto e consentendo al giudice di coglierlo. A ben guardare, quindi, l'operazione interpretativa in presenza di clausole generali è soltanto più complessa, ma non concettualmente diversa da quella necessaria di fronte alle norme a fattispecie: è sempre da queste ultime che l'interprete deve partire<sup>94</sup>.

In posizione analoga si colloca altra recente dottrina, che ha evidenziato come l'applicazione delle clausole generali non sia necessariamente incompatibile con le esigenze di prevedibilità delle decisioni e di certezza del diritto. Si è notato in proposito che anche quando concretizza una clausola generale il giudice dichiara il diritto, con la sola differenza che l'associazione di fatto e diritto enunciata in sentenza non rinviene nell'ordinamento positivo una disposizione corrispondente, come accade quando si assume la fattispecie concreta in quella legale, limitandosi la legge a prescrivere il criterio di valutazione e ad affidare al giudice il compito di identificare il fatto rilevante e l'effetto giuridico conseguente: «la disciplina del rapporto dedotto in giudizio non riposa pertanto sulla norma generale astratta, ma sul diritto del caso concreto che spetta al giudice dichiarare»<sup>95</sup>.

Va, infine, tenuto conto dell'autorevole pensiero di Angelo Falzea, il quale mette radicalmente in discussione la tesi dominante, secondo cui le clausole generali sarebbero norme giuridiche prive di fattispecie (a differenza delle norme comuni, che sarebbero complete per quanto attiene alla descrizione sia del fatto che dell'effetto), ritenendo che questo modo di impostare la questione trascuri la circostanza fondamentale per cui a essere applicata al caso concreto è una norma che risulta dalla combinazione della norma primaria (appartenente al sottosistema «diritto») con la clausola generale (appartenente al sottosistema «etica sociale» o altro), la quale, per quanto indeterminata, a ridosso della controversia mostra una speciale attitudine a lasciarsi determinare. Ne consegue – a suo avviso – che, a differenza di quanto opinato soprattutto nella dottrina tedesca, la decisione fondata sulla clausola generale non è affidata a una discrezionalità giudiziale molto prossima al giudizio di equità, ma soggiace al vincolo introdotto dal riferi-

<sup>93</sup> M. LUCIANI, *ibidem*.

<sup>94</sup> M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 176.

<sup>95</sup> E. SCODITTI, *Clausole generali e certezza del diritto*, in *Le fonti del diritto*, cit., pp. 181-182.

mento alla clausola stessa<sup>96</sup>. Secondo lo studioso messinese, inoltre, a prescindere dal fatto che il modello per la decisione venga offerto da una norma ordinaria piuttosto che da quest'ultima integrata dalla clausola generale, la premessa maggiore del sillogismo giudiziale deve ravvisarsi pur sempre nella previsione generale: non vi sarebbe, pertanto, una differenza se non di grado tra l'applicazione dell'una (la norma ordinaria) e dell'altra (norma ordinaria integrata) e, conseguentemente, non si ravviserebbe un incremento qualitativo della discrezionalità del giudice<sup>97</sup>. A suo avviso, in definitiva, in entrambe le ipotesi la concretizzazione operata dal giudice ha luogo in dipendenza di una costellazione di fatti predisposta dal legislatore<sup>98</sup>.

3. Andando al cuore del problema, occorre adesso chiedersi, pur nell'apprezzamento di fondo per questi sviluppi del processo interpretativo (che vanno anche) oltre i canoni previsti dall'art. 12 delle Preleggi, quali siano i limiti invalicabili entro cui l'attività del giudice deve contenersi per evitare che, per usare le parole di Riccardo Villata, «lo Stato costituzionale di diritto sia sostituito da uno Stato aristocratico di giurisdizione»<sup>99</sup>.

Orbene, come ho evidenziato nel mio ultimo libro<sup>100</sup>, un conto è dire – come faceva Salvatore Pugliatti subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione – che l'interprete deve valutare gli interessi cristallizzati nella norma e le possibilità di adeguare quest'ultima ai vari momenti dell'evoluzione storica<sup>101</sup>, oppure osservare – come più recentemente ha fatto Angelo Falzea, pur avanzando alcune riserve nei confronti del sociologismo e dello storicismo – che ogni interpretazione esige una presa di coscienza della realtà storico-sociale del sistema e quindi un confronto tra il passato e il presente<sup>102</sup>, o anche notare – come fa lo stesso Paolo Grossi muovendo dalla nota impostazione gadameriana secondo cui il significato di ogni testo dipende sempre dal senso della domanda a cui esso vuole rispondere – che l'interpre-

<sup>96</sup> *Ricerche di teoria generale del diritto di dogmatica giuridica. I. Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, pp. 410-413.

<sup>97</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 413-419.

<sup>98</sup> Al termine di una rilettura dell'opera del Maestro messinese, L. NIVARRA, *Clausole generali/standard valutativi nel pensiero di Angelo Falzea*, in *Eur. e dir. priv.*, 2022, p. 743 ss., ha, però, obiettato, prendendo spunto dall'art. 1337 c.c., che, nelle norme a clausola generale, i fatti nominati dal legislatore non individuano la premessa maggiore del sillogismo giudiziale, ma solo il quadro empirico di riferimento in relazione al quale la concretizzazione dovrà avere luogo sulla base della norma di rinvio alla clausola generale (nella specie, la buona fede). Sul punto, *amplius*, ID., “Dentro” e “fuori”: lo strano caso delle clausole e dei principi generali, *ivi*, 2022, p. 65 ss.

<sup>99</sup> *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 394.

<sup>100</sup> *Op. cit.*, p. 123 ss.

<sup>101</sup> *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1950, pp. 64-65 e 70.

<sup>102</sup> *Complessità giuridica*, *cit.*, 243.

te non si deve porre in posizione passiva, ma deve immettere e far valere nel processo ermeneutico tutta l'attualità e contemporaneità del suo concreto e storico esistere<sup>103</sup>. Fin qui, ci si limita ad attribuire all'interprete il ruolo di «mediatore tra testo e caso, norma e vita»<sup>104</sup>, e a superare la vetusta visione dell'interpretazione come «operazione di mera sussunzione o di apodittico sillogismo»<sup>105</sup>. Pensare che gli enunciati normativi possano avere un significato univoco, dato dalla somma dei significati delle singole parole, è evidentemente una banalità: il linguaggio è una questione complessa e – come abbiamo detto più volte con riguardo all'art. 12 delle Preleggi – le stesse singole parole possono avere più significati, ragion per cui il significato di una disposizione, per quanto chiara e precisa possa essere, non è mai scontato e «[i]l mito delle disposizioni chiare ed univoche è, appunto, un mito»<sup>106</sup>.

Acclarato, dunque, che ogni interpretazione è massimamente e resta manifestazione ed esercizio di libertà del pensiero<sup>107</sup>, che però non vuol dire arbitrio<sup>108</sup>, occorre, tuttavia, distinguere tra una creazione quale scelta, da parte del giudice, dell'interpretazione maggiormente sostenibile tra i possibili significati ascrivibili all'enunciato normativo e una creazione quale introduzione, nel contesto del diritto positivo, di nuove disposizioni normative<sup>109</sup>. Non v'è dubbio, infatti, che, pur essendo la legge, come ogni enunciato linguistico, suscettibile di una pluralità di interpretazioni, la sua naturale

<sup>103</sup> *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, pp. 103-112.

<sup>104</sup> In fondo, com'è stato opportunamente ricordato, l'*interpretatio* svolta dai giuristi romani altro non era che un'attività di mediazione e di ricerca: D. D'ORSOGNA, G.F. ROSA, *Due proposte d'arte tra estetica e diritto*, in *Scritti in onore di E. Picozza*, Napoli, 2019, III, p. 1953.

<sup>105</sup> V. SCALISI, *Per una ermeneutica 'veritativa' orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1252; in termini, V. CARBONE, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 853, il quale, sempre muovendo dall'insegnamento di Gadamer, definisce l'interpretazione-applicazione «una non facile mediazione tra la generalità ed astrattezza del testo normativo e la concreta realtà economica e sociale in cui va ad operare»; M. COSSUTTA, *L'interpretazione giuridica tra le fonti del diritto ed il problema della giustizia*, in *Tigor: rivista di scienze della comunicazione*, A. VII, 2 (2015), p. 51, che definisce l'interprete «mediatore tra diversi interessi e difformi sistemi valoriali»; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, p. 10, che osserva come il giudice sia chiamato spessissimo a mediare ragionevolmente «fra istanze di libertà e esigenze sociali, fra diritti individuali e diritti sociali».

<sup>106</sup> R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, 21ª ed., Torino, 2020, pp. 337-339.

<sup>107</sup> A. RIGOBELLO, *L'apriori ermeneutico. Domanda di senso e condizione umana*, Sovieria Mannelli, 2007, p. 21 ss.

<sup>108</sup> V. SCALISI, *op. ult. cit.*, p. 1271; G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, p. 159 ss., secondo il quale la soggezione del giudice alla legge deve configurarsi quale «obbedienza pensante» che non deve mutare «in arbitrio, in un travisamento, sulla base di poteri discrezionali, del dettato normativo», insomma nel superamento «del limite linguistico introdotto dal significato delle parole della legge».

<sup>109</sup> G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisprudenziale*, in *Criminalia*, 2011, p. 93.

incertezza non deve condurre alla conclusione che l'interprete possa trarre da essa qualsiasi significato<sup>110</sup>: esiste un punto di rottura oltre il quale l'interpretazione cessa di essere tale e si converte nella creazione di una nuova disposizione<sup>111</sup>. Insomma, «altro è interpretare un testo normativo, precisando i confini di una norma (riducendone la vaghezza), altro è formulare una norma nuova»<sup>112</sup>. Solo apparentemente banale è, dunque, l'affermazione che «l'interpretazione è sempre interpretazione di qualcosa»<sup>113</sup>.

Come evidenzia bene Luigi Ferrajoli, «[d]ire che le norme sono “create” dall'interpretazione è come dire che la quinta sinfonia di Beethoven è creata dalla sua esecuzione e dalla sua interpretazione»<sup>114</sup>. In queste ultime parole, riecheggia la metafora dell'interprete senza spartito che ha ispirato il titolo del mio libro e che emerge in modo ancora più evidente nell'osservazione di Paolo Ferrua secondo cui «la discrezionalità nell'applicazione della legge è simile in qualche modo a quella che si riscontra nell'esecuzione di uno spartito musicale: un'opera può essere eseguita in vari modi, ma esiste un limite, superato il quale, ciò che si esegue non è più quello spartito»<sup>115</sup>.

Insomma, «l'opera di adeguamento di un testo [...] non può essere condotta sino al punto di leggervi quel che non c'è, anche quando la Costituzione vorrebbe che vi fosse»<sup>116</sup>. Per individuare il confine, invero assai sottile<sup>117</sup> ma non per questo assolutamente indefinibile<sup>118</sup>, oltre il quale si verifica quel superamento patologico dei limiti della discrezionalità interpretativa e si degenera nel deprecabile «creazionismo giudiziario», va, al-

<sup>110</sup> F. MANGANARO, *Cenni sulla (in)certezza del diritto*, in *Scritti in onore di E. Sticchi Damiani*, Napoli, 2018, I, p. 488.

<sup>111</sup> P. FERRUA, *Il giusto processo tra governo della legge ed egemonia del potere giudiziario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, p. 6.

<sup>112</sup> R. GUASTINI, *Hart su indeterminatezza, incompletezza e discrezionalità giudiziale*, in *Ragion pratica*, 2003, p. 404.

<sup>113</sup> D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino, 2020, p. 87.

<sup>114</sup> *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Roma-Bari, 2021, p. 151.

<sup>115</sup> *Op. cit.*, 6, nt. 3. Sul parallelismo tra interpretazione giuridica e interpretazione musicale v. J. FRANK, *Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation*, in *Columbia Law Review*, 47 (1947), p. 1259 ss.; G. IUDICA, *Interpretazione giuridica e interpretazione musicale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 467 ss.; G. RESTA, *Il giudice e il direttore d'orchestra. Variazioni sul tema: diritto e musica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, 2, p. 435 ss.

<sup>116</sup> M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Milano, 2016, p. 434.

<sup>117</sup> Ad avviso di C.V. GIABARDO, *Per la chiarezza di idee in tema di creazione giudiziale di diritto e ruolo della giurisprudenza nel tempo presente (Riflessioni al confine tra filosofia del diritto, diritto comparato e diritto processuale civile)*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 4 settembre 2020, 10, si tratta, forse, soltanto di una questione di grado.

<sup>118</sup> Come sembra adombrare S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Intervento*, in *Giudici e legislatori*, cit., p. 552.

lora, tenuto presente che esiste un'alternativa tra applicare in modo meccanico una norma senza inquadrarla sistematicamente e senza guardare alla fattispecie concreta e tranciare *in toto* il vincolo con il testo legislativo, che dovrebbe continuare ad avere una posizione di centralità nei procedimenti applicativi<sup>119</sup>, facultando così ogni arbitrio interpretativo<sup>120</sup>.

Sul punto è recentemente tornato Giuseppe Zaccaria con argomentazioni che ci sembrano francamente insuperabili e che, infatti, abbiamo sposato integralmente nel nostro recente lavoro monografico in argomento. Il filosofo padovano ha recentemente ribadito che, «[p]ur dando per acquisita l'idea di una fisiologica discrezionalità giurisprudenziale nel momento applicativo dei testi [normativi], e nella presa d'atto realistica del declino del principio di legalità, deve comunque rimanere saldo un discrimine teorico. Una cosa è infatti che questa libertà interpretativo-applicativa e l'intoglibile discrezionalità che essa porta con sé si muovano all'interno degli spazi semantici dei testi; altra cosa è che essa ne prescinda, introducendo elementi dai testi non previsti o disinteressandosi di reperire riferimenti nel testo stesso. In tal caso si determinerebbe un salto senza motivazioni dal testo al contesto fattuale e si aprirebbe la strada all'arbitrio rispetto alla prescrizione di un trattamento eguale. E non pare da questo punto di vista molto fruttuoso – è anzi forse il sintomo di persistenti residui ideologici – il continuare a definire come norme generali e astratte le interpretazioni che danno luogo a diverse “norme”. Soprattutto se quest'insistenza nella riproposizione del paradigma illuministico e la correlativa critica della teoria ermeneutica, accomunano un po' sommariamente le posizioni ermeneutiche moderate di tipo gadameriano alla semiosi illimitata alla Derrida. [...] almeno per quanto riguarda le tesi ermeneutiche, la “creazione” giudiziale del diritto non è mai creazione *ex nihilo* dei significati normativi nel momento della comprensione: la creatività dell'interpretazione si sviluppa entro la cornice dei possibili significati associabili all'enunciato interpretato e dunque entro il perimetro disegnato dal principio di legalità. Creazione è perfezionamento dell'opera di produzione normativa data dal legislatore, fondato su una razionalità discorsiva e argomentativa. In tal modo le decisioni giudiziali sono il risultato di ragionamenti giustificativi sviluppati a partire dalle premesse normative e orientati alla luce dei principi ordinali. C'è insomma una differenza strutturale tra creazione del diritto legislativa e creazione del diritto (se ancora si vuol usare questo termine equivoco) in sede applicativa. Anche quest'ultima si muove all'interno dell'orizzonte normativo fornito dal legislatore»<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> M. ESPOSITO, *Lo stare decisis al vaglio dei principi costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 1014.

<sup>120</sup> F. BILANCIA, *Intervento*, in *Giudici e legislatori*, cit., p. 589.

<sup>121</sup> *Una “nuova” legalità penale*, cit., 17-19.

Se si travalica questo confine – osserva Pier Luigi Portaluri – «possono esserci interpretazioni *certamente* “cattive”, tali perché *rifutate* dal testo oggetto da interpretare»<sup>122</sup>.

Su posizioni altrettanto equilibrate, quindi del tutto condivisibili, sembra attestarsi uno stimatissimo presidente di sezione del Consiglio di Stato allorquando afferma che «anche nel contesto di *civil law* giova la fantasia che non deve essere mai usata per decampare dal dettato della legge ma piuttosto per ricostruirne i presupposti applicativi con la necessaria finezza. Si tratta della lecita creatività della giurisprudenza messa spesso sotto accusa dall’illusione metodologica che il diritto possa risolversi nello studio pacificante degli universali»<sup>123</sup>.

In tal modo opinando, lo strumentario argomentativo tipico dell’interprete (costituito dagli argomenti sistematici, teleologici, etc.) [...] è destinato a essere usato all’interno di un ambito delineato che lascia più opzioni disponibili all’interprete e rende la sua decisione discrezionale, ma non arbitraria»<sup>124</sup>.

4. Come evidenziato in altra sede<sup>125</sup>, complici le «maglie larghe» del codice del processo amministrativo (ma anche della precedente legislazione processuale), l’attività interpretativa del giudice amministrativo non sempre pare contenersi nei limiti ordinari. Non potendo qui soffermarci su ciascuno degli istituti processuali menzionati nel libro, anziché evidenziare ipotesi nelle quali è il giudice amministrativo a esondare, diciamo così, dai limiti fisiologici dell’interpretazione, preferiamo menzionare due casi in cui è la legge processuale a lasciargli eccessivi spazi di manovra: la *decisione sulle spese di giudizio* e la *dichiarazione d’inefficacia del contratto d’appalto a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione*.

Per quanto attiene al primo caso, è noto a tutti come in passato la giurisprudenza amministrativa propendesse nettamente per la compensazione delle spese, che praticava con larghezza talmente eccessiva da invertire quasi il rapporto tra regola ed eccezione delineato dal dettato normativo<sup>126</sup>;

<sup>122</sup> Bannkreise *giurisdizionali*. *Qualche appunto di metodo*, in *www.ordines.it*, n. 2/2022, p. 266, laddove si richiama Umberto Eco, «mentore di un realismo *negativo*: “non sapremo mai definitivamente se una interpretazione è giusta, ma sappiamo con certezza quando non tiene”»; *Vattimo e le frontiere del linguaggio*, in *Il Sole 24 Ore*, 25 settembre 2023. Tale osservazione – come notato da M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*. I. *Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012, p. 255 – vale anche per l’interpretazione del provvedimento amministrativo.

<sup>123</sup> G. MONTEDORO, *Brevi divagazioni sul soggetto moderno fra diritto e letteratura*, in *www.giustiziainsieme.it*, 31 maggio 2023.

<sup>124</sup> V. VELLUZZI, *Due (brevi) note*, cit., p. 310.

<sup>125</sup> *Interprete senza spartito?*, cit., capp. II, III e IV.

<sup>126</sup> A. MAGLIARI, *Art. 26*, in *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, a cura di G. Falcon, F. Cortese e B. Marchetti, Milano, 2021, p. 230. Lo ammette, con grande onestà intellettuale, anche un autorevole consigliere di Stato: RO. CHIEPPA, *Art. 26*, in *Id.*

prassi fondata sull'anacronistica considerazione che «non fosse consentito condannare l'amministrazione alle spese del giudizio perché essa pur essendo formalmente parte del processo non assume mai la veste di parte soccombente, agendo sempre come organo pubblico preposto all'esecuzione e alla salvaguardia della legge»<sup>127</sup>. Una politica giurisprudenziale che era evidente manifestazione della concezione, ormai da tempo superata, del processo amministrativo come «processo di parti non paritarie»<sup>128</sup>.

Dopo l'avvento del codice, è stato applicato più frequentemente il criterio generale della soccombenza, ma si rinvencono tuttora tante sentenze in cui il giudice amministrativo afferma di avere «ampi poteri discrezionali in ordine alla statuizione sulle spese e, se del caso, al riconoscimento, sul piano equitativo, dei giusti motivi per far luogo alla compensazione delle spese giudiziali, ovvero per escluderla»<sup>129</sup>. Non mancano, poi, decisioni in cui si torna ad affermare tralasciando che «la statuizione del giudice assunta in ordine all'assegnazione delle spese di causa (compresa la possibilità di compensarle tra le parti) costituisce una valutazione ampiamente discrezionale di equilibrio processuale, senza che il giudicante sia tenuto a motivare il divisamento assunto»<sup>130</sup>. E, com'è stato segnalato, la gamma di formule con le quali viene giustificata la compensazione delle spese è assai variegata: «complessità delle questioni trattate», «natura degli interessi coinvolti», «definizione transattiva», «peculiarità della vicenda», «evoluzione del quadro giurisprudenziale di riferimento», «margini di opinabilità delle valutazioni oggetto di causa»; e chi più ne ha più ne metta<sup>131</sup>.

Infine, dev'essere – a mio avviso – stigmatizzata la prassi di non applicare il principio della soccombenza nel caso in cui la parte intimata non si sia costituita in giudizio e il ricorso sia stato accolto, prassi che sembra muovere dalla deprecabile idea di «una sorta di *superiorità sociale* dell'amministrazione intimata rispetto al ricorrente»<sup>132</sup>.

Tutto ciò mi ha indotto a concludere polemicamente il paragrafo de-

(diretto da), *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2022, pp. 144-145; in termini, M. MENGOZZI, *Spese di giudizio*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, 3ª ed., Milano, 2015, p. 361.

<sup>127</sup> E. FOLLIERI, *La legge 31 marzo 1889 n. 5992 nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in ISAP, *Le Riforme Crispine*, II. *Giudizio amministrativo*, Milano, 1990, p. 446.

<sup>128</sup> Così J. BERCELLI, *Parti, difensori, spese*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, p. 420.

<sup>129</sup> Così, di recente, Cons. Stato, Sez. III, 15 ottobre 2021, n. 6949, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III, 23 settembre 2021, n. 9890, *ibidem*; Cons. Stato, Sez. IV, 5 luglio 2021, n. 5132, *ibidem*; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III-bis, 9 giugno 2021, nn. 6907 e 6908, *ibidem*.

<sup>130</sup> Cons. Stato, Sez. II, 31 dicembre 2020, n. 8554, in *www.giustamm.it*, n. 12/2020.

<sup>131</sup> N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, 7ª ed., Napoli, 2021, p. 428.

<sup>132</sup> J. BERCELLI, *op. cit.*, p. 418.

dicato a quell'istituto con l'affermazione – evidentemente mutuata da un noto scritto di Mario Nigro – che il giudice amministrativo continua a essere il... «signore delle spese»<sup>133</sup>.

I poteri giudiziari sull'efficacia del contratto sono evidentemente connotati da un'ampissima discrezionalità. Lasciamo stare se si tratti di giurisdizione estesa al merito, di una valutazione equitativa, ecc. ecc.<sup>134</sup>. Certamente, nella concreta ponderazione dei contrapposti interessi, il giudice chiamato a decidere le sorti del contratto sembra esercitare una discrezionalità più propriamente pertinente all'esercizio del potere amministrativo, anche se un siffatto potere non può ritenersi totalmente “nuovo”, essendoci svariate ipotesi in cui al giudice vengono attribuite valutazioni discrezionali di carattere concreto e specifico, limitate dal solo parametro della ragionevolezza<sup>135</sup>. Parimenti indubbio è che la scelta legislativa di affidare al giudice amministrativo un così delicato bilanciamento di interessi sia quantomeno opinabile, specie ove si consideri l'ampia libertà che era stata lasciata agli Stati membri dal legislatore comunitario: si sarebbero potute prospettare soluzioni diverse, *id est* individuare l'«organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice» in un organo non giurisdizionale<sup>136</sup>, come ad es. l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici<sup>137</sup> (oggi A.N.A.C.).

Così non è stato, per cui ci troviamo di fronte ancora una volta all'attribuzione al giudice amministrativo del compito di effettuare un bilanciamento di interessi espressi in clausole generali che gli conferiscono grande discrezionalità decisoria<sup>138</sup>, con tutti i pro e i contro che ciò comporta, in particolare in un settore così delicato come quello degli appalti pubblici. Non a caso, d'altronde, anche nell'ambito del Consiglio di Stato non sono mancate perplessità su questa tendenza legislativa a configurare, in modo sempre più frequente, vere e proprie ipotesi di «giudice-amministratore», quasi a voler confermare il vecchio motto «juger l'administration c'est ad-

<sup>133</sup> Il riferimento è, ovviamente, all'indimenticato saggio *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, in *Foro it.*, 1967, V, c. 6 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 1996, I, p. 699 ss. Ancora più duro è il giudizio conclusivo di J. BERCELLI, *op. cit.*, p. 419: «Una così patente e costante elusione della legge da parte dei giudici amministrativi trova la sua giustificazione storica e logico giuridica nella circostanza [...] che il processo amministrativo è sì un processo di parti, ma non è mai stato e non è tuttora un processo di parti paritarie».

<sup>134</sup> Sul punto, se si vuole, F. SAIITA, *op. cit.*, pp. 436-445.

<sup>135</sup> E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 263-264.

<sup>136</sup> G. FONDERICO, *I poteri del giudice nel processo amministrativo sui contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, p. 893.

<sup>137</sup> Così P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 664 ss., spec. p. 704 ss.

<sup>138</sup> S. VACCARI, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale soddisfattoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 321.

ministrer»<sup>139</sup>, e un fine giurista come Giovanni Verde si è chiesto fino a che punto sia possibile «caricare sul giudice [...] il peso di scelte che spettano in primo luogo a chi ci rappresenta democraticamente»<sup>140</sup>.

Alla fine del libro, vengono ancora esaminati alcuni casi controversi di quella che, per comodità, preferiamo definire giurisprudenza amministrativa «creativa»<sup>141</sup>. Siccome il tempo a nostra disposizione continua a diminuire, ci limitiamo anche stavolta a indicare soltanto due casi nei quali appare evidente una forzatura del dato normativo<sup>142</sup>.

Un'opzione interpretativa quantomeno ardita – non a caso definita da Enrico Follieri di vera e propria «ingegneria processuale»<sup>143</sup> e da Michele Fornaciari «ultimo parto di una fantasia [...] veramente inesausta»<sup>144</sup> – è quella, oggi al centro dell'attenzione per la vicenda delle c.dd. «concessioni balneari», attinente alla *modulazione degli effetti caducatori della sentenza di annullamento*.

Tra le tante osservazioni critiche che sono state rivolte a questo indirizzo sin dal 2011, mi sembra particolarmente efficace quella secondo cui, quando utilizza il potere di modulare gli effetti dell'annullamento che si è autoproclamato, il giudice si sostituisce arbitrariamente alla pubblica amministrazione valutando in sua vece l'opportunità o meno del mantenimento di tali effetti per tutelare un interesse pubblico e svolge un ruolo ben diverso da quello che gli è stato assegnato nell'ambito della giurisdizione di legittimità<sup>145</sup>. La manipolazione della pronuncia (tipica) di annullamento, infatti, viene posta in essere a seguito di una chiara ponderazione tra gli interessi presenti in giudizio, con evidente superamento del confine tra giudicare e amministrare<sup>146</sup>.

<sup>139</sup> P. CARPENTIERI, *ibidem*. Di possibile «amministrativizzazione del giudice» parla anche E. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, p. 263. Un'indagine più ampia, che va ben al di là del contenzioso sui contratti pubblici, è quella svolta da G. TROPEA, *L'ibrido fiore della conciliazione: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 965 ss.

<sup>140</sup> *L'effettività della tutela giudiziaria*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, pp. 781-782.

<sup>141</sup> F. SAITTA, *op. cit.*, p. 458 ss.

<sup>142</sup> Ulteriori indicazioni, di recente, in A. COLANTE, *La soggezione del giudice «soltanto alla legge» e le più recenti tendenze creative della giurisprudenza amministrativa*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole*, cit., p. 105 ss.

<sup>143</sup> *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, p. 438 ss.

<sup>144</sup> *Ultimissime dal Consiglio di Stato: l'annullamento... che non annulla!*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1662 ss., laddove si definisce tale sentenza «ultimo parto di una fantasia – va detto – veramente inesausta ed ennesimo frutto guasto di una fedeltà degna di miglior causa alla concezione impugnatoria del processo amministrativo e dell'inspiegabile ritrosia ad ammettere serenamente l'azione di adempimento/condanna» (*ivi*, 1665); «solo un modo artificioso e farisaico per cavarsi d'impaccio»: una sentenza, insomma, che «condanna la p.a. senza condannarla, tramite un annullamento che non annulla» (*ivi*, p. 1667).

<sup>145</sup> R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 1385-1387.

<sup>146</sup> A. DE SIANO, *Dall'atipicità delle azioni all'atipicità dei poteri del G.A. Torsioni del processo amministrativo in nome della giustizia*, in *Dir. e proc. amm.*, 2020, p. 81, ad avviso

Francesco Caringella, a cui va tutta la mia stima, rivendica la “signoria” del giudice amministrativo sugli effetti delle proprie pronunce, assumendo che serve ad assolvere «al non agevole compito di calibrare la misura della tutela, necessaria e sufficiente, onde placare l’ansia di protezione che anima il ricorso»<sup>147</sup>. Mi sia consentito garbatamente dissentire, condividendo l’auspicio che l’attività *lato sensu* creativa del giudice si svolga sempre all’interno di un processo conoscitivo basato su un metodo dialettico, in cui la creazione giudiziale sia la sintesi delle contrapposte opinioni delle parti e non il frutto di intuizioni solitarie del giudice, per quanto ispirate dal nobile intento di assicurare una giustizia effettiva<sup>148</sup>.

Un rapido cenno, infine, a una questione che mi è sempre stata a cuore (anche se devo confessarvi che ormai mi sono rassegnato): l’*interpretazione dell’art. 21-octies, comma 2, della legge sul procedimento*.

Risale a più di quindici anni fa l’affermazione del Consiglio di Stato secondo cui, ancorché tale disposizione ponga in capo all’amministrazione (e non al privato) l’onere di dimostrare, in caso di mancata comunicazione dell’avvio, che l’esito del procedimento non poteva essere diverso, onde evitare di gravare la pubblica amministrazione di una *probatio diabolica* (quale sarebbe quella consistente nel dimostrare che ogni eventuale contributo partecipativo del privato non avrebbe mutato l’esito del procedimen-

del quale «la discutibile manipolazione della pronuncia (tipica) di annullamento viene posta in essere a seguito di una chiara ponderazione tra gli interessi presenti nel giudizio, il che pare comportare il superamento del confine tra giudicare e amministrare»; in termini analoghi, C. DELLE DONNE, *Giudici e norme di diritto nel cono d’ombra del prospettive overruling (a margine di un libro recente... e di una “celebre dottrina”)*, in *www.judicium.it*, n. 21/2023, § 5, secondo la quale il giudice amministrativo «individua la regola della controversia *sub iudice* ma ne esclude al contempo l’applicazione concreta in ragione dell’intollerabilità degli effetti, a volte sul solo ricorso deciso a volte addirittura di sistema. Egli manipola dunque non gli effetti della sentenza, come vorrebbe lo stereotipo motivazionale della “modulazione”, ma l’applicabilità della normativa sostanziale pure da lui stesso individuata ed interpretata. Ma se la proiezione al futuro del principio di diritto è tutto sommato fisiologica perché per sua stessa natura si stempera nel flusso dell’ordinamento orientando senza vincolare i successivi giudici né tantomeno il legislatore, non così accade per la decisione dei ricorsi. Autoattribuendosi questa prerogativa il giudice supremo altera infatti, o getta le basi per alterare, le sorti del giudizio. E tanto fa individuando l’interesse da tutelare (con prevalenza sull’altro) non in base alla *ratio legis* da lui stesso ricostruita quale massimo interprete delle norme di diritto, ma a valutazioni solipsistiche dai contorni sfuggenti se non proprio apodittiche. Così facendo si appropria però delle prerogative del legislatore che prima sceglie i valori e gli interessi da tutelare e poi trasfonde nelle norme di diritto tali scelte, anche stabilendo il *dies a quo* di applicabilità di quelle disposizioni».

<sup>147</sup> Brevi osservazioni sull’annullamento con effetti variabili del provvedimento amministrativo... «verso un annullamento a geometrie variabili»? in *www.deiustitia.it*, n. 2/2016, p. 6.

<sup>148</sup> A. CASSATELLA, *La modulazione degli effetti della sentenza di annullamento e i necessari limiti della formazione pretoria del diritto amministrativo*, in *Scritti in memoria di G. Abbamonte*, a cura di G. Leone, Napoli, 2019, I, pp. 260-261.

to), è preferibile interpretare la norma in esame nel senso che il privato non possa limitarsi a dolersi della mancata comunicazione di avvio, ma debba anche quantomeno indicare o allegare quali sono gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione. Secondo tale giurisprudenza, dunque, «[s]olo dopo che il ricorrente ha adempiuto quest'onere di allegazione (che la norma implicitamente pone a suo carico), la p.a. sarà gravata del ben più consistente onere di dimostrare che, anche se quegli elementi fossero stati valutati, il contenuto dispositivo del provvedimento non sarebbe mutato»<sup>149</sup>.

Di fronte a una simile affermazione, che subordina gli oneri di allegazione e prova incumbenti sull'amministrazione resistente all'adempimento, da parte del ricorrente, di un onere di allegazione di cui nella norma, sinceramente, non v'è proprio traccia, non avevamo potuto far altro che constatare, amaramente, quanto sia errata l'affermazione condensata nel noto brocardo «*in claris non fit interpretatio*»<sup>150</sup>. Il giudice amministrativo, infatti, ha riscritto a proprio piacimento una norma giuridica che non generava alcun dubbio interpretativo.

5. Come si è cercato di dimostrare, al di là di quale sia il modello migliore di giudice<sup>151</sup>, la creatività dello stesso dipende comunque dall'ampiezza della sua «zona di ragionevolezza», cioè dell'area all'interno della quale è libero di decidere senza disonorare il proprio ruolo<sup>152</sup>, ampiezza che, ovviamente, varia da giudice a giudice<sup>153</sup>, ma, com'è altrettanto ovvio, non può oltrepassare certi limiti<sup>154</sup>. E allora, se è vero che il giudice non è «una di quelle macchinette automatiche in cui basta introdurre da una parte

<sup>149</sup> Sez. VI, 29 luglio 2008, n. 3786, in *Foro amm. - CdS*, 2008, p. 2146.

<sup>150</sup> F. SAITTA, *Omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: il lupo perde il pelo, ma non il vizio (ovvero "in claris... fit interpretatio")*, in *www.giustamm.it*, n. 1/2009.

<sup>151</sup> F. VIOLA, *Autorità e ordine del diritto*, Torino, 1987, p. 181 ss.

<sup>152</sup> R.A. POSNER, *How Judges Think*, Cambridge, 2008, p. 78 ss.

<sup>153</sup> G. PESCE, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, 2012, pp. 182-183.

<sup>154</sup> Si pensi al giudice Pieri descritto nel divertente racconto di B. CAPPONI, *Le parole della giustizia*, in *www.judicium.it*, 13 luglio 2020, che all'avvocato Galeazzo Azzo Gallé, che gli faceva «rispettosamente osservare che la legge non esiste più» in quanto «[p]er semplificare l'amministrazione della giustizia [avevano] abrogato tutte le leggi, che del resto erano diventate troppe e troppo in contrasto tra loro», diceva: «La volontà ministeriale è chiara: ogni magistratura, di ogni ordine e grado, può autonomamente dettare le condizioni di ammissibilità per i giudizi che dovrà rendere, ricorrendo le quali il giudice sarà tenuto a decidere; in difetto, nulla sarà mai deciso. Tutto sarà rinviato, o dichiarato inammissibile, menato il can per l'aia, risposto fischi per fiaschi, a coppe quando regna spade, *ad libitum*». E alla domanda dell'avvocato: «Condizioni di ammissibilità, signor giudice? E di che si tratta?» così rispondeva: «Può trattarsi, come le dicevo, di qualsiasi cosa: il limite è dato solo dalla nostra fantasia».

una moneta perché dall'altra esca la merce bell'e confezionata»<sup>155</sup>, è anche vero che è necessario rispettare le garanzie di un processo che si vuole predeterminato dalla legge<sup>156</sup> evitando spazi incontrollabili di discrezionalità dell'organo decidente<sup>157</sup>.

Si allude qui, *in primis*, alle norme processuali, che, prim'ancora di quelle sostanziali, che servono a stabilire al termine della controversia chi ha torto e chi ha ragione, richiedono un'attività interpretativa da parte del giudice, chiamato ad applicarle nello svolgimento delle attività processuali: anche in tal caso, infatti, si avvia un processo interpretativo, componente ineliminabile dell'esercizio della funzione giurisdizionale<sup>158</sup>. Il tema è di particolare interesse, non foss'altro perché i codici di rito (primo fra tutti quello di procedura civile) non contengono disposizioni specificamente dedicate all'interpretazione della legge processuale, per la quale valgono, pertanto, i criteri dell'interpretazione delle norme sostanziali<sup>159</sup>. Questi ultimi, tuttavia, vengono utilizzati per interpretare le norme processuali con modalità variabili, influenzate sia dalla particolare natura e funzione dell'oggetto dell'attività interpretativa (rappresentato, appunto, dalla disposizione processuale), sia dalla singolare posizione in cui si trova l'interprete (cioè, il giudice)<sup>160</sup>.

Innanzitutto, la diversa funzione a cui assolvono le norme processuali rispetto a quelle sostanziali rileva anche sul piano esegetico, al fine sia di «eliminare soluzioni interpretative che appaiano in contrasto con l'obiettivo di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni sostanziali», sia di dar vita a «una organica correlazione, interdipendenza e concatenazione produttiva, non solo fra norme di uno stesso gruppo o

<sup>155</sup> P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova, 1950, p. 487.

<sup>156</sup> «È la legge» – ha ricordato R. VILLATA, *Ancora in tema di inammissibilità dell'appello al Consiglio di Stato sulla giurisdizione promosso dal ricorrente soccombente in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, pp. 1097-1098 – «che deve disciplinare il processo [...] l'art. 111 Cost. contiene un riferimento esplicito alla legge come garanzia di regole chiare che, proprio in quanto indirizzate al "giusto processo", devono essere al riparo da sostanziali abrogazioni sulla scorta di principi variamente declinabili». Nel senso che, nel processo di *plena cognitio*, le forme, i termini e i corrispondenti poteri, doveri, facoltà processuali delle parti e del giudice sono predeterminati dalla legge, A. PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 265 ss.

<sup>157</sup> Così, con riguardo alla rimessione al giudice civile della scelta dell'articolazione del processo più confacente alla peculiarità della singola controversia, I. PAGNI, *Le misure urgenti in materia di giustizia per contrastare l'emergenza epidemiologica: un dibattito mai sopito su oralità e pubblicità dell'udienza*, in *www.judicium.it*, 15 dicembre 2020, § 3.

<sup>158</sup> A. CARRATTA, *Il giudice e l'interpretazione della norma processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, pp. 101-102.

<sup>159</sup> In tal senso è orientata la dottrina prevalente, anche se non mancano voci dissenzienti: per i relativi riferimenti, cfr. A. CARRATTA, *op. cit.*, 103-105.

<sup>160</sup> A. CARRATTA, *op. cit.*, pp. 106-107 e *passim*.

settore, ma anche fra norme di gruppi o settori diversi, nella misura in cui si pervenga a ravvisare in essi le parti o ramificazioni di un unico coerente sistema»<sup>161</sup>.

Va, poi, tenuto conto della particolare vicinanza tra soggetto e oggetto dell'interpretazione, dovuta al fatto che, quando interpreta e applica il diritto processuale, il giudice sta valutando il proprio operato, essendo lui stesso il destinatario della norma<sup>162</sup>.

Ciò premesso, in primo luogo può ritenersi pacifico, anche perché confermato dall'art. 111 della Costituzione, che la materia processuale è dominata dal principio di legalità, la cui concreta realizzazione impone la specifica e puntuale disciplina di forme, termini e modalità dell'attività delle parti e dei poteri del giudice<sup>163</sup>. Da qui la scarsa presenza, nel diritto processuale, di clausole generali, che sono, invece, sempre più frequenti – come si è visto – nel diritto sostanziale e, in sede interpretativa, mettendo in gioco il modo di pensare del giudice, ripropongono comunque, anche nel processo, la solita questione di fondo dei rapporti tra certezza del diritto, discrezionalità e arbitrio giudiziale<sup>164</sup>.

La rigorosa osservanza del principio di legalità riduce inevitabilmente gli ambiti di utilizzo, da parte del giudice, dei canoni ermeneutici bettiani dell'attualità dell'intendere e della corrispondenza o consonanza dell'ermeneutica, i quali diventano recessivi rispetto alla preminente importanza che, nel contesto processuale, assume la prevedibilità o previa conoscibilità delle regole che lo governano<sup>165</sup>. Ne consegue che, in presenza di una disciplina processuale non puntuale né rigorosa e di attribuzione al giudice di ampi poteri discrezionali di direzione e organizzazione dell'attività processuale<sup>166</sup>, i rischi di arbitrii connessi alle interpretazioni soggettive finiscono per aumentare in modo esponenziale, ragion per cui il ricorso agli anzidetti criteri ermeneutici – inevitabile nella misura in cui anche le norme processuali devono essere comunque sottoposte al processo interpretativo, spesso conferiscono al giudice poteri discrezionali e possono presentare al

<sup>161</sup> Sulla quale, *amplius*, E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione* (1955), 2<sup>a</sup> ed., a cura di G. Crifò, Milano, 1990, pp. 311-312.

<sup>162</sup> E. BETTI, *op. cit.*, II, p. 806 ss.

<sup>163</sup> Oltre a A. PROTO PISANI, *op. cit.*, si vedano al riguardo almeno: R. DONZELLI, *Sul «giusto processo» civile «regolato dalla legge»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 942 ss.; A. CARRATTA, *Processo sommario (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, p. 877 ss., spec. p. 879 ss.; M. BOVE, *Art. 111 cost. e «giusto processo civile»*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 479 ss., spec. 490 ss.; L. LANFRANCHI, *Giusto processo: I) Processo civile*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 2001, p. 1 ss.

<sup>164</sup> S. PATTI, *Le clausole generali nel diritto processuale civile*, in R. SACCHI (a cura di), *op. cit.*, pp. 463 e 472.

<sup>165</sup> A. CARRATTA, *Il giudice*, cit., pp. 114-115.

<sup>166</sup> Sul punto, S. CHIARLONI, *Giusto processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, p. 413 ss.

loro interno incoerenze, vere e proprie antinomie e/o lacune – dev'essere effettuato con molta circospezione<sup>167</sup>.

Nell'interpretare disposizioni processuali che gli attribuiscono poteri discrezionali, il giudice trova, comunque, un «indispensabile sussidio» nell'elemento sistematico, in quanto «il diritto processuale regola un complesso di rapporti strettamente legati tra di loro da un nesso organico, in quanto costituiscono tutti manifestazioni di un'unica attività, indirizzata ad un unico scopo»<sup>168</sup>, che è quello di ottenere una corretta decisione nel merito. Tale elemento dovrà essere valorizzato mediante l'individuazione e il bilanciamento dei principi fondamentali o generali dell'ordinamento processuale, che contribuiscono ad adottare una decisione ragionevolmente «giusta»<sup>169</sup>: dal principio di effettività della tutela al principio secondo cui – come si diceva poc'anzi – l'obiettivo del processo di cognizione è di pervenire a una decisione di merito, mentre sono eccezionali le ipotesi che portano alla chiusura in rito, fino ai principi della domanda, del contraddittorio, dell'interesse ad agire, ecc., che rappresentano vere e proprie stelle polari che orientano l'attività interpretativa di norme processuali<sup>170</sup>.

Per quanto attiene, poi, al controllo dei risultati dell'interpretazione, va considerato che, nel caso delle norme processuali, esso spetta esclusivamente ai partecipanti al processo – cioè, giudice e parti – e va riferito al solo contesto processuale nel quale le disposizioni vengono applicate, sicché si parla al riguardo di «polifonia solo ristretta» per distinguerla da quella, collettiva e dialogica, che connota la ricerca del senso giuridico delle norme sostanziali<sup>171</sup>. Il che conferma che, nell'interpretazione delle disposizioni processuali, più si utilizzano i canoni dell'attualità e dell'adeguazione dell'intendere e più aumenta il rischio di soluzioni interpretative arbitrarie o contrastanti<sup>172</sup>. Soccorre in tal caso l'organo della nomofilachia, nella specie l'Adunanza plenaria, che ben può sindacare direttamente anche l'interpretazione che il giudice del merito ha dato delle norme processuali applicate ai fini della decisione<sup>173</sup>.

Va da sé, poi, che per le norme processuali «l'esigenza di un adeguato grado di certezza si manifesta con maggiore evidenza», con la conseguenza che, da un lato, «ove siano compatibili con la lettera della legge due diverse

<sup>167</sup> A. CARRATTA, *op. ult. cit.*, pp. 115-118.

<sup>168</sup> A. ROCCO, *L'interpretazione delle leggi processuali*, in *Arch. giur.*, 29 (1906), p. 91 ss., ora in *Id.*, *Studi di diritto commerciale ed altri scritti giuridici*, Roma, 1933, 73 ss., spec. p. 124.

<sup>169</sup> G. CAPOGRASSI, *Il quid ius e il quid iuris in una recente sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, p. 57 ss.

<sup>170</sup> A. CARRATTA, *op. ult. cit.*, pp. 121-123.

<sup>171</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I. Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, 13<sup>a</sup> ed., Torino, 2023, p. 7 ss.

<sup>172</sup> A. CARRATTA, *op. ult. cit.*, pp. 126-127.

<sup>173</sup> A. CARRATTA, *op. ult. cit.*, p. 129.

interpretazioni, deve preferirsi quella sulla cui base si sia formata una sufficiente stabilità di applicazione nella giurisprudenza» dell'organo della nomofilachia<sup>174</sup> e, dall'altro, il mutamento di interpretazione deve ammettersi soltanto in maniera molto limitata, cioè solo nei casi in cui la precedente interpretazione della disposizione processuale sia priva di qualsiasi giustificazione razionale, manifestamente arbitraria o pretestuosa, o dia luogo (eventualmente anche a seguito di mutamenti intervenuti nella legislazione o nella società) a risultati disfunzionali, irrazionali o ingiusti<sup>175</sup>.

Oggi giorno, invece, si assiste sempre più spesso all'affermazione di una giurisprudenza «principlista»: il passaggio da un'interpretazione per fattispecie a un'interpretazione per principi, infatti, «procura anche a coloro che applicano il diritto processuale [...] rimarchevoli spazi di discrezionalità, che non di rado conducono [...] a vere e proprie “normazioni di diritto giudiziario”<sup>176</sup>.

## 6. Ci avviamo alla conclusione.

Lungi da noi – dovrebbe ormai essere chiaro – l'eccessivo timore dei contrasti giurisprudenziali, che «sono un segno di vitalità», e/o l'auspicio di un ritorno all'ordine gerarchico in magistratura con gli organi della nomofilachia relegati a un ruolo di «ossificazioni dell'esperienza»<sup>177</sup>, auspichiamo soltanto che si distingua tra interpretazione e creazionismo guardando al testo normativo «come il “punto d'avvio di un processo comunicativo” nel quale il destinatario della norma deve immergersi per intendere cosa il legislatore abbia inteso dire»: ciò non significa negare che il ruolo creativo del giudice (specie amministrativo) sia connaturato alla sua storia, ma soltanto aver chiaro che la creatività, per non diventare «creazionismo» patologico, «deve pur sempre muoversi nei limiti dell'interpretazione e delle sue regole»<sup>178</sup>. Come ha detto bene Massimo Luciani, «[u]n giudice appiattito sul precedente e privo di autonomia di giudizio corre il rischio di essere

<sup>174</sup> Cass. civ., Sez. un., 31 luglio 2012, n. 13620, in *CED Cassazione*, 2012.

<sup>175</sup> A. CARRATTA, *Il giudizio civile di cassazione visto dai magistrati della Suprema Corte*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, p. 73, al quale si rinvia per le relative indicazioni giurisprudenziali.

<sup>176</sup> Così A. PANZAROLA, *Il ragionamento giuridico nel pensiero di un compianto Maestro*, in *Il processo*, 2022, p. 772, che, con riguardo al processo civile, definisce paradigmatica «la disapplicazione e insieme la riscrittura ad opera della Cassazione di una norma fondamentale quale l'art. 37 c.p.c. in tema di rilievo del difetto di giurisdizione». Com'è noto, tale disposizione è poi stata sostituita dall'art. 3, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 149/2022.

<sup>177</sup> Queste efficaci espressioni si devono a G. MONTEDORO, *Deleuze ed il diritto comico (e tragico)*, in *www.apertacontrada.it*, 18 ottobre 2021; ID., *La funzione nomofilattica: orizzonti e illusioni. Un “allegro non troppo”*, in *Le fonti del diritto*, cit., p. 87.

<sup>178</sup> F. FRANCIARIO, *Quattro sentenze per (non) chiarire un principio. Conclusioni di un convegno sul valore dell'omessa pronuncia e dintorni*, in F. FRANCIARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo*, Napoli, 2019, pp. 438-439.

sostituito da un robot, ma un giudice professionale che non colga appieno il legame che lo vincola al diritto positivo corre il rischio di essere sostituito da un giudice elettivo. Non mi sembra una prospettiva auspicabile<sup>179</sup>.

Ascoltando l'ammonimento di «rifuggire sia dai giuristi *naufraghi del dubbio e naufraghi delle categorie*, che dai giuristi *senza dubbio*»<sup>180</sup>, è, quindi, necessario che, innanzitutto, sia osservato il limite del rispetto del tenore univoco della disposizione normativa, individuato dalla Corte di cassazione e dalla dottrina: «nessuno è autorizzato – e tanto meno lo è il giudice – a reperire germi di ingiustizia in ogni articolo di legge [...] allo specifico scopo di disapplicarlo o di applicarlo secondo il proprio capriccio (il che forse è peggio)»<sup>181</sup>.

Va pure considerato, peraltro, che «l'innegabile tendenza del giudice amministrativo a sostituirsi ad un legislatore sempre meno "coerente" e "convincente"» non trova un freno adeguato nel controllo dei giudici della giurisdizione, eccessivamente prudenti nell'individuare ipotesi di creazione normativa non riconducibili al potere generale di interpretazione, ergo censurabili ai sensi dell'art. 111, comma 8, della Costituzione<sup>182</sup>.

Definitivamente archiviata l'impostazione tradizionale fondata sulla rigida ripartizione dei compiti demandati a giudice e legislatore<sup>183</sup>, la necessaria, corretta riconfigurazione della relativa linea di confine diventa allora

<sup>179</sup> *Certezza del diritto e clausole generali*, in *Quest. giust.*, n. 1/2020, p. 72.

<sup>180</sup> G. PERLINGIERI, *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli, 2018, p. 63.

<sup>181</sup> Così, citando M. BERRI, *Fede nella giustizia*, Milano, 1984, si esprime S. PIZZORNO, *Prima Sezione Civile contro Prima Sezione Civile. Spunto per alcune considerazioni in tema di attività interpretativa del giudice ed in particolare di interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Forum Quad. cost.*, 23 luglio 2019, p. 7.

<sup>182</sup> Sul punto, ampiamente, M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Il processo*, 2020, p. 886 ss., *passim*, ma spec. p. 900 ss. Notazioni critiche su quest'andazzo giurisprudenziale – peraltro, ormai risalente (cfr. P.L. TOMAIUOLI, *Il rinvio pregiudiziale per la pretesa, ma incostituzionale, giurisdizione unica (nota a Cass. civ., Sezioni unite, ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *www.giurcost.org*, 11 dicembre 2020, p. 702; M.A. SANDULLI, *Corte di Cassazione, Sentenza n. 27770/2020, Le Sezioni Unite confermano il profilo di self restraint sull'eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo nei confronti del legislatore*, in *www.federalismi.it*, 10 dicembre 2020) – anche da parte di R. VILLATA, *A proposito dell'ordinanza 19598/2020 delle Sezioni unite*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 1124 ss., e G. GRECO, *Sindacato sulla discrezionalità ed eccesso di potere giurisdizionale* (Relazione al Convegno su: «Sindacato sulla discrezionalità amministrativa e ambito del giudizio di cognizione» - Modanella-Rapolano Terme/Siena, 16-17 giugno 2023).

<sup>183</sup> Scriveva P. CALAMANDREI, *Non c'è libertà senza legalità* (1944), Roma-Bari, 2019, p. 15: «creata la legge, la politica si placa e si depura in quelle formule ridotte senza passione, che sono come l'olio essenziale che si raffredda nell'alambicco dopo la lunga ebollizione. E il giudice nel far giustizia nulla deve sapere di queste lunghe operazioni chimiche svoltesi prima che egli cominci a lavorare, e deve usare senza passione e senza preferenze questo prodotto finale di una elaborazione in cui egli non ha competenza».

«una questione di ruoli, a cui ciascuno deve rimanere saldamente ancorato affinché i complessi meccanismi strumentali al fine di dispensare giustizia, possano consentire il raggiungimento di un risultato condivisibile»<sup>184</sup>. È di quest'avviso lo stesso Zagrebelsky, che pure ha esaltato il ruolo dei principi, contrapponendo alla legge come forma il diritto come sostanza, come un *quid* fatto di pretese di giustizia<sup>185</sup>: la libertà del giudice – ha recentemente affermato – «è una libertà argomentativa, ma pur sempre una libertà nell'esercizio della quale entrano fattori di autocomprensione di ruolo»<sup>186</sup>.

Non vi possono essere, insomma, «proposte rimediali specifiche, al di fuori di una diffusa e insistita ottatività verso l'autocontrollo del giudice»<sup>187</sup>.

In ciò confidava, del resto, già Benedetto Croce quando, approvando quella che lui interpretava come un'adesione di Calamandrei alla tesi secondo cui la c.d. applicazione della norma al fatto non sarebbe «un processo meramente conoscitivo», bensì «un atto pratico» attraverso il quale il giudice «crea la legge nel caso singolo», fuggiva il timore circa l'eventualità che l'accoglimento di tale teoria concorresse a stimolare «un certo pericoloso avviamento, che già da[va] segni di sé nella società moderna, verso l'arbitrio del giudice, sciolto dai vincoli della legge», affermando che «[l]a libertà del giudice è governata nel modo più severo dalla sua coscienza morale, la quale, pur comandandogli di non “applicare” meccanicamente (cosa, del resto, impossibile) la legge, e di adoperarla nel suo pronunziato con razionale ossequio, e così di concorrere, secondo gli è consentito nella sua propria sfera, allo svolgimento, alla modificazione e al progresso del diritto, gli vieta, tra le altre cose, di usurpare l'ufficio specifico che è del legislatore e di scompigliare e confondere gli ordini che la società si è data». «Deve egli essere» – proseguiva Croce – «[...] un uomo serio e non già un ragazzo stordito ossia un attivista rompocollo e fracassatore degli oggetti circostanti»<sup>188</sup>.

Tornando ai tempi nostri, una «lezione di *prudentia*»<sup>189</sup> ci è stata impartita da un magistrato civile intellettualmente rigoroso come Renato Rordorf, già Primo Presidente aggiunto della Corte di cassazione, in un recente

<sup>184</sup> L. BALESTRA, *È possibile un elogio della giustizia? (A proposito di un recente volume)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, p. 720.

<sup>185</sup> Per le relative indicazioni bibliografiche, sia consentito rinviare a F. SAITTA, *Interpretare senza spartito?*, cit., pp. 73-74.

<sup>186</sup> *La giustizia come professione*, Torino, 2021, p. 142.

<sup>187</sup> P.L. PORTALURI, *Il declino della legge*, cit.

<sup>188</sup> Recensione di P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico - La relatività del concetto di azione*, in *La critica*, XXXVII/6 (1939), pp. 445-446, ora in ID., *Pagine sparse* III, 2ª ed., Bari, 1960, p. 447 ss. L'intenso rapporto tra i due studiosi è ben descritto da C. NITSCH, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo novecento*, Milano, 2012, pp. 283-290.

<sup>189</sup> Per dirla con V.A. POSO, *La lezione di prudentia nell'esercizio della giurisdizione di un giurista “aristocratico”*. Renato Rordorf, in *www.judicium.it*, 18 settembre 2020.

libro in cui si parla della giurisprudenza come arte di equilibrio e, appunto, di prudenza e di un giudice che, con professionalità, scrupolo e onestà intellettuale, deve saper individuare i limiti entro cui la discrezionalità interpretativa può esercitarsi senza operare una rottura del quadro legale e, pur costretto «a ricercare la propria rotta in una difficile navigazione tra regole e principi, non può mai affrancarsi dalla necessità di fondare le proprie decisioni su una base legale, per mal certa che sia»<sup>190</sup>.

Estremamente equilibrate sono anche le considerazioni svolte qualche anno fa da Filippo Patroni Griffi, che, a conclusione di una relazione sulla «giusta» sentenza amministrativa, affermava che quest'ultima, in definitiva, «segna un percorso in cui Scuola positiva e Scuola storicistica, metodo sillogistico e clausole generali, giudice “bocca della legge” e giudice inventore del diritto devono imparare a convivere. [...] Occorre solo evitare il pericolo che dallo Stato di diritto (*Rechtsstaat*) si passi allo Stato dei giudici (*Richterstaat*): e ciò richiede in primo luogo un atteggiamento “responsabile” da parte di un giudice che faccia dell’“umiltà”, secondo il monito di Calamandrei, la virtù “correttiva” del potere a lui attribuito»<sup>191</sup>.

Rispetto dei ruoli, dunque, che significa disegnare un rapporto equilibrato tra giudice e legislatore: tenersi lontano dal monopolio legislativo dei veteropositivisti, ma anche dal monopolio giudiziale degli antiformalisti; in una parola, valorizzare il pluralismo come metodo per «governare la complessità nella ricerca di una razionalità dinamica ed aperta, capace di sfuggire tanto all’asfissia dei paradigmi del passato quanto all’ebrezza ingenua del mutamento caotico»<sup>192</sup>.

Definitivamente tramontata l’illusione del primo positivismo con la percezione dei limiti del calcolo e del sillogismo, si avverte adesso un’incertezza che alimenta l’esigenza di tornare ad un diritto calcolabile e ad una prevedibile certezza del trattamento giuridico dato dalla decisione giudiziaria: un dosaggio equilibrato che può essere assicurato soltanto da una «ragionevole discrezionalità dell’interprete»<sup>193</sup>.

Sia chiaro: che ci sia tensione tra il potere che pone le leggi e i soggetti che le interpretano e le applicano – insomma, tra politica e diritto – è fisiologico in un sistema costituzionale ispirato alla divisione dei poteri, cioè in uno Stato di diritto<sup>194</sup>. Ma è una tensione che dev’essere costante e non ammette cedimento dei punti fermi di ancoraggio. La soggezione del

<sup>190</sup> *Magistratura giustizia società*, Bari, 2020, *passim*, ma spec. p. 86.

<sup>191</sup> *Il metodo di decisione del giudice amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 3 giugno 2017, § 5.

<sup>192</sup> E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., pp. 222-223.

<sup>193</sup> E. DEL PRATO, *Interpretare*, in *Actual. jur. iberoam.*, n. 16-bis/2022, p. 165; già prima, *Id.*, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 23 ss.

<sup>194</sup> R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2017, p. 50 ss.

giudice alla legge è un punto fermo, che non può essere scardinato: non c'è ideologia che giustifichi la liberazione da questo vincolo, ancorché – come si è visto – non manchino in dottrina tesi, che poi vengono riecheggiate anche in giurisprudenza, che suggeriscono di liberare il giudice da ciò che lo ostacolerebbe nell'esercizio della sua «funzione», che sarebbe quella di massimizzare la tutela dei diritti<sup>195</sup> o di individuare sempre e comunque il «rimedio» equilibrato che risolva un conflitto sociale non debitamente regolato dalla legge<sup>196</sup>.

Come ha ribadito, di recente, Roberto Bin, «[l']immagine del giudice si accredita e il suo potere si legittima se svolge il suo compito, che – come ripete la giurisprudenza costituzionale da sempre (vedi già sent. 83/1966) – è “l'applicazione obiettiva del diritto”; la sua indipendenza lo protegge da qualsiasi altra volontà che non sia quella obiettiva della legge. In ciò la giurisdizione si distingue dall'amministrazione, che è “finalizzata” al perseguimento dell'interesse pubblico, dello specifico interesse pubblico alla cui cura ogni ramo e ogni pubblico ufficio è preposto»<sup>197</sup>: per questo l'attività amministrativa si pone come «funzione» in senso proprio, ossia come *deputatio ad finem*<sup>198</sup>. Alla giurisdizione, invece, il conferimento dei poteri non è mai legato a un interesse specifico da perseguire, per nobile che esso sia, ma soltanto al «raggiungimento dell'interesse generale obiettivo della giustizia»<sup>199</sup>. Restando nei limiti del compito assegnatole, la giurisdizione legittima se stessa e giustifica l'autonomia e l'indipendenza garantite dalla Costituzione<sup>200</sup>.

<sup>195</sup> *Contra*, R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, p. 63 ss.

<sup>196</sup> *Contra*, M. BARCELLONA, *Norme e prassi giuridiche: giurisprudenza usurpativa e interpretazione funzionale*, Modena, 2022.

<sup>197</sup> *Le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio di legalità*, in *Le fonti del diritto*, cit., pp. 104-105.

<sup>198</sup> M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 989.

<sup>199</sup> G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1987, p. 265.

<sup>200</sup> R. BIN, *op. ult. cit.*, p. 105.

FABIO CINTIOLI

## Il processo amministrativo al tempo del PNRR

SOMMARIO: 1. Il PNRR e l'accelerazione del processo. – 2. Il PNRR e l'alternativa tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria. – 3. Il “problema” del risarcimento del danno nel processo amministrativo e le prospettive concrete. – 4. Il sindacato sul potere pubblico nella contemporaneità.

1. L'attuazione del PNRR è un nuovo banco di prova per la giustizia amministrativa in Italia. Se, da un primo punto di vista, l'adempimento degli obiettivi indicati nel piano ha posto e pone in primo piano la questione, ormai risalente, dell'efficienza del nostro apparato amministrativo, il tema che subito dopo prevedibilmente viene in gioco riguarda proprio il ruolo del processo amministrativo e la preoccupazione – molto diffusa ma sovente ingiustificatamente amplificata – che i ricorsi davanti al giudice amministrativo possano essere causa di ritardi nell'attuazione dei compiti pubblici.

Sarebbe miope negare che nel corso degli ultimi tre decenni il peso specifico del sindacato del giudice amministrativo sia cresciuto, così come nessuno può smentire la tesi che l'autorevolezza e la capacità decisionale dell'amministrazione italiana si siano purtroppo affievolite a partire dalla fine del secolo scorso e che perciò lo stesso giudice amministrativo si sia trovato costretto in molte occasioni a svolgere un non richiesto esercizio di supplenza.

Nello stesso tempo, si ha la sensazione che la stagione inaugurata dallo *shock* pandemico e dal PNRR possa aver inaugurato una stagione diversa, nella quale l'amministrazione recupera un ruolo di maggior rilievo e prestigio e il giudice amministrativo viene a “riscoprire” il confronto con il potere pubblico.

Il giudice amministrativo in questo momento di svolta si trova così ad un bivio: per un verso non può, egli stesso, non farsi carico di una sfida che tocca i livelli più alti della responsabilità istituzionale, perché coinvolge un impegno che la Repubblica ha assunto con l'Unione europea sino al punto da accettare, giusto o sbagliato che sia, una sorta di condivisione e codeterminazione dell'indirizzo politico; per altro verso, il giudice deve adempiere alla sua funzione nel rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale – principio che oltretutto è comune all'ordinamento eurounitario e viene in rilievo per la protezione di altrettanti diritti previsti da regolamenti

e direttive Ue – e dunque assicurare il suo sindacato anche sugli atti amministrativi che si prefiggono di dare esecuzione al PNRR.

Il legislatore come sappiamo è intervenuto, delineando ancora una volta un percorso processuale speciale che dovrebbe servire allo scopo.

La prima linea direttrice (art. 12-*bis* del d.l. 16 giugno 2022, n. 68, convertito, con modifiche, dalla legge 5 agosto 2022, n. 108) ha previsto disposizioni per «qualsiasi procedura amministrativa che riguardi interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR» ed è in sintonia con un modello che vige ormai dall'inizio del secolo: la preoccupazione principale viene collegata al pericolo che il processo possa avere una durata eccessiva o comunque una durata tale da provocare un ritardo nella tempistica auspicata di attuazione delle scelte amministrative. Così si interviene in maniera tale da circoscrivere la funzione della tutela cautelare e da accentuarne la strumentalità e, nel contempo, si favorisce una celebrazione del processo nel merito nel più breve tempo possibile. È questo il punto essenziale dell'intervento, cui si sono unite altre prescrizioni di impatto minore, come quella che impone la presenza delle amministrazioni centrali titolari degli interventi quali parti del giudizio allo scopo di responsabilizzare il giudice e consentire alle istanze legate al PNRR di entrare più efficacemente nel contraddittorio processuale (si tratterebbe di un inedito litisconsorzio necessario, che tuttavia non varrebbe a conferire all'amministrazione centrale, in quanto tale, la qualità di controinteressato secondo Cons. Stato, sez. V, 4 luglio 2023, n. 6525).

La riforma, quindi, ha impresso ritmi ancor più serrati al giudizio cautelare, specialmente quando quest'ultimo si chiuda con un'ordinanza di accoglimento, imponendo al giudice tempi strettissimi per la celebrazione dell'udienza di discussione e la pronuncia della sentenza. Adirittura, si è previsto – e questo costituisce una novità assoluta – che la misura cautelare perda efficacia se il processo non sia effettivamente concluso nel merito entro il breve periodo legislativamente imposto. La salvaguardia del PNRR dovrebbe perciò essere assicurata, da questo punto di vista, attraverso una riduzione degli spazi del giudizio cautelare e soprattutto attraverso una straordinaria accelerazione del processo. Un processo rapido, in altre parole, dovrebbe evitare il ritardo ed auspicabilmente favorire il rispetto del piano.

Questo tipo di intervento mostra la preoccupazione di non scalfire in alcun modo il principio di effettività della tutela giurisdizionale. Al giudice si chiede soltanto celerità e per il resto l'ordinamento si affida alla sua decisione, che si auspica anticipata rispetto alla stessa stipula dei contratti ed accetta perciò l'eventualità che, ovviamente, la sentenza di merito possa annullare l'atto impugnato e così tuttavia mettere in discussione la tempestiva attuazione della scelta amministrativa. In questa logica il contenuto intrinseco del sindacato non viene messo in discussione.

2. È però evidente che anche la massima accelerazione richiesta al processo amministrativo non potrebbe impedire che esso possa fisiologicamente operare come causa di ritardo se non di impedimento nell'attuazione del piano.

Non soltanto si deve tener conto dei tempi che sono comunque necessari per poter trattare il merito della causa in sede di discussione e per poter pubblicare la sentenza, ma si deve anche considerare che la stessa esistenza di un secondo grado del giudizio potrebbe richiedere tempi congrui così come anche provocare decisioni differenti rispetto a quelle assunte in primo grado.

Il legislatore pertanto ha anche inserito un temperamento (art. 48, comma 4, del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modifiche, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108) che questa volta non si limita a puntare sulla rapidità del processo, ma che tocca direttamente il contenuto del sindacato o meglio l'esito di esso dal punto di vista della sentenza che abbia ad accertare l'illegittimità del provvedimento. Mi riferisco ovviamente al richiamo all'articolo 125 del codice del processo amministrativo, il quale non soltanto riduce la portata della fase cautelare esigendo una valutazione particolarmente accurata da parte del giudice in funzione della protezione dell'interesse pubblico, ma soprattutto prevede che l'annullamento del provvedimento impugnato non possa provocare l'inefficacia e caducazione del contratto se non nei casi eccezionali degli articoli 121 e 123 c.p.a. con la conseguenza che la tutela demolitorio-conformativa viene sostituita dalla tutela risarcitoria per equivalente. Si sottolinea che l'art. 125 viene richiamato dall'art. 48 per il caso di «impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento ... e nei giudizi che riguardano le procedure di progettazione, autorizzazione, approvazione e realizzazione delle opere finanziate in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e le relative attività di espropriazione, occupazione e asservimento, nonché in qualsiasi procedura amministrativa che riguardi interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR». La previsione è molto ampia e il rinvio all'art. 125 e alla sua regola di salvezza dei contratti potrebbe porre anche il dubbio se una tale salvezza possa essere invocata non soltanto nei casi di impugnazione dell'atto di affidamento-aggiudicazione del contratto in esito al procedimento di evidenza pubblica esterna, ma anche in quelli di impugnazione e annullamento di atti anteriori, come l'approvazione del progetto dell'opera, che a loro volta potrebbero essere basati su motivi diversi da quelli relativi alla selezione del contraente. È un dubbio che, tuttavia, sembra che debba esser sciolto in senso negativo, dato che, a sua volta, l'art. 125 stabilisce la salvezza del contratto solo qualora si tratta di un contenzioso relativo al caso di «affidamento» e dunque al provvedimento che chiude la fase di selezione del contraente (in tal senso, TAR Lazio, II *bis*, 11 aprile 2024, n. 7139, che circoscrive la sostituzione della tutela di risarcimento a quella di annulla-

mento solo per i giudizi in materia di affidamento dei contratti di appalto e non anche per le cause inerenti l'impugnazione degli atti della procedura espropriativa).

Questa è stata la risposta che il legislatore ha voluto dare in merito a un dibattito che durante la difficile stagione pandemica aveva acceso gli animi della dottrina giuspubblicistica. Mentre da un lato si erano levate voci favorevoli ad introdurre previsioni come quella in discussione per tutte le attività amministrative destinate ad attuare il PNR al fine di eliminare del tutto il rischio che il processo amministrativo potesse turbare la difficile operazione in cui la Repubblica si cimentava quanto al rispetto degli impegni assunti con l'Unione europea, dall'altro lato vi era stata un'ancor più compatta invocazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, assunto a presupposto di una centralità, se non addirittura indispensabilità, della tutela demolitorio-conformativa.

L'argomento principale dei fautori di questa seconda opinione faceva leva direttamente sul testo della Costituzione: il comma tre dell'articolo 113 stabilisce che gli organi di giurisdizione "possono annullare" gli atti della pubblica amministrazione e questo dimostrerebbe che all'annullamento non si può sostituire il risarcimento. Secondo questa tesi, una sentenza, anche se sopraggiunta due anni dopo la chiusura della gara, dovrebbe sempre poter annullare gli atti e bloccare l'iniziativa così come intrapresa dall'amministrazione; il che costringerebbe la stazione appaltante ad attendere sempre e comunque l'esito dei due gradi di giudizio senza eseguire il contratto, al pari di quanto accade in tutte le altre controversie inerenti contratti pubblici e che non sono finora state condizionate da un evento così stringente come l'attuazione del PNRR.

In senso opposto sono state utilizzate una serie di argomentazioni, che personalmente mi hanno trovato consenziente.

In primo luogo, è stata proprio la Corte costituzionale, con la sentenza n. 160 del 2019, a chiarire che in alcuni casi è possibile sostituire il risarcimento del danno all'annullamento e questo perché il risarcimento del danno può essere uno strumento di tutela dell'interesse legittimo, sviluppando in questi termini il principio posto nella fondamentale sentenza della Corte n. 204 del 2004.

In secondo luogo, che l'art. 113 parli solo di annullamento si può spiegare sul piano storico: nel 1948 non era né concepito né tantomeno ammesso il risarcimento del danno degli interessi legittimi verso la p.a. Questa *chance* è stata introdotta a regime solo alla fine degli anni '90 del secolo scorso, attraverso il d.lgs. n. 80 del 1998 e con la celebre sentenza 500 del 1999 delle Sezioni unite della Cassazione, e questo può ben spiegare che le parole della Costituzione in realtà non restringono la scelta né paralizzano la discrezionalità del legislatore.

Un punto cruciale è infine il conflitto tra i valori costituzionali in gioco: è frequente che possa accadere, come ben sappiamo, e la soluzione sta nel

loro bilanciamento, come ha sempre insegnato la Corte costituzionale e non nella preclusione radicale alla tutela dell'uno o dell'altro. Nel nostro caso il principio di effettività della tutela giurisdizionale dovrebbe essere bilanciato con molti altri: col diritto al lavoro e la sua tutela (articoli 4, 35, 36), con la tutela della salute (articolo 32), con la tutela del risparmio (articolo 47), solo per citare i principali. In più, lo schema che sostituisce l'annullamento col risarcimento del danno è ben conosciuto dal diritto dell'Unione europea, che lo ha promosso nella "direttiva ricorsi" proprio al fine di proteggere l'efficacia del contratto di appalto. E questo in tempi lontani dall'emergenza pandemica, alla cui straordinarietà la Commissione si è pure mostrata molto sensibile: per le norme *antitrust* come sugli aiuti di Stato, giusto per fare un esempio.

Infine, l'art. 125 è già disposizione del processo amministrativo: riguarda le infrastrutture strategiche e sembra ragionevole estenderla al caso del PNRR, comunque temporalmente delimitato e blindato dagli impegni istituzionali assunti dalla Repubblica. Tutti questi argomenti dovrebbero servire a giustificare una fase straordinaria e limitata nel tempo, nella quale anche il processo amministrativo sugli appalti, dopo aver superato una fase cautelare da contenere in uno o due mesi al massimo, si vada a concentrare in un giudizio sul risarcimento per equivalente, lasciando che l'appalto faccia il suo seguito.

Infine, mi sembra utile una considerazione che va certamente oltre il dato del diritto positivo e che in qualche modo consente l'ardire di indagare il campo della psicologia del giudice. Un'operazione, questa, che sicuramente può andare incontro a molte obiezioni, ma che ritengo debba esser presa in esame per completare il quadro. Di fronte ad una comprensibile, giustificabile, e persino a tratti legittima indicazione istituzionale nel segno della tempestiva attuazione del PNRR, è ben possibile che il giudice amministrativo sia interessato da una sorta di carsica spinta a proteggere per quanto possibile le ragioni dell'amministrazione e quindi a depotenziare il sindacato e limitare la portata delle decisioni di annullamento. Se un fenomeno del genere davvero si verificasse, dovremmo fare i conti con una situazione nella quale il giudice amministrativo vede oggettivamente ridursi il suo potere nella fase cautelare, registra una esigenza molto decisa di celebrare rapidamente il processo di merito e, nel contempo, avverte il peso di una decisione che in caso di accoglimento potrebbe mettere in discussione uno dei molti punti in cui è articolato il piano. Se non vi fosse la strada della tutela risarcitoria per equivalente, è plausibile immaginare che una situazione del genere statisticamente rafforzi la possibilità che il giudice propenda per il rigetto del ricorso al fine di evitare un effetto demolitorio-conformativo che potrebbe appunto assumere il sapore di un blocco di una delle previsioni del piano col rischio di rendere la stessa Repubblica italiana sul punto inadempiente verso l'Unione. La presenza di una tutela

risarcitoria potrebbe allora rafforzare la serenità del giudice nell'accertamento di una eventuale illegittimità della scelta amministrativa, perché egli potrebbe così lasciare che l'azione amministrativa stessa prosegua comunque per il suo corso con piena efficacia dei contratti già stipulati.

3. L'intensità del dibattito che si è sviluppato in dottrina tra il 2020 e il 2021 sull'opportunità o meno di dare spazio alla tutela risarcitoria in alternativa alla tutela demolitorio-conformativa e le preoccupazioni che ha visto emergere alla prova dei fatti si sono rivelate comunque eccessive. E questo non tanto per le possibili buone ragioni dedotte a favore di un penetrante ingresso della tutela risarcitoria nel processo amministrativo che si sono testé esposte, quanto piuttosto per il fatto che anche in questo campo lo spazio concreto che la giustizia amministrativa ha ritenuto di dover affidare alla tutela risarcitoria per equivalente si è rivelato nella prassi piuttosto esiguo. In altre parole, anche nelle controversie concernenti l'attuazione del PNRR le forme della tutela hanno seguito il percorso principale della demolizione del provvedimento e del vincolo conformativo in questo modo restando nel solco della tradizione che ha contrassegnato la giustizia amministrativa (per una, pur rilevante, eccezione, nella quale si è scelta la strada della tutela risarcitoria in sostituzione dell'annullamento sino al punto da dichiarare inammissibile per carenza di interesse l'appello incidentale dell'operatore economico aggiudicatario proposto avverso la sentenza di primo grado che aveva accolto il ricorso ma solo ai fini del risarcimento danno e salvaguardando il contratto ai sensi dell'art. 125 c.p.a., Cons. Stato, sez. 26 luglio 2024, n. 6738).

Si deve ribadire a questo proposito, sin da adesso, che la conservazione di un sindacato che sfocia in una pronuncia di annullamento con la forza di orientare i segmenti successivi di azione amministrativa si è accompagnata ad una rimarchevole rapidità nei tempi processuali. Il giudizio amministrativo è in via generale un processo molto rapido e ancor più lo è quando si tratta di incidere sul PNRR.

Questo dimostra che delle due linee di intervento riformatore che abbiamo illustrato in precedenza è la prima che si è affermata nei fatti piuttosto che non la seconda: per dare il suo contributo alla tempestiva attuazione del piano il giudice amministrativo, piuttosto che propendere per pronunce risarcitorie sostitutive dell'annullamento, ha accelerato la celebrazione nel merito dei giudizi.

Le ragioni per le quali ciò sta accadendo sono profonde e riguardano la storia e le radici del nostro ordinamento.

La tutela risarcitoria venne affermata coi citati avvenimenti della fine degli anni 90 sulla scorta di due spinte propulsive: (i) la prima, fatta propria dalla sentenza 500 del 1999, era quella prettamente civilistica e riguardava il lungo percorso che aveva esteso l'ambito delle situazioni soggettive tute-

labili in via risarcitoria: dai diritti assoluti ai diritti relativi, sino al possesso, alle aspettative di fatto familiari, ai diritti tutelati dall'ordinamento comunitario, sino appunto all'interesse legittimo; (ii) la seconda spinta, fatta propria dal d.lgs. n. 80 del 1990, che la mescolava a nuovi settori di giurisdizione esclusiva insieme alla previsione di nuovi mezzi istruttori, veniva invece proprio dal processo amministrativo, che aveva vissuto l'assenza della tutela risarcitoria come un limite insormontabile alla piena applicazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale: accadeva, ad esempio, che la sentenza di annullamento dell'aggiudicazione di un appalto pubblico sopraggiungesse quando ormai il contratto era stato eseguito e l'opera realizzata, sicché la tutela demolitoria e persino quella conformativa non erano in grado di assicurare alcun tipo di tutela al ricorrente vittorioso e quel che mancava era proprio una tutela risarcitoria per equivalente che potesse colmare la lacuna e completare la protezione dell'interesse legittimo.

Al di là del fatto che purtroppo la questione risarcitoria dell'interesse legittimo è stata sempre condizionata nella sua intrinseca dimensione logico-giuridica dai problemi di riparto della giurisdizione, resta il fatto che, quando la legge 205 del 2000 decise di affidare la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo al giudice amministrativo a seguito dell'annullamento del provvedimento impugnato, si aprì un problema molto evidente. Poiché il risarcimento del danno si sostanzia in un diritto di credito costituitosi dopo il verificarsi dell'illecito, aprire ad una tutela risarcitoria dell'interesse legittimo nei termini predetti nella sede del processo amministrativo avrebbe determinato la creazione di una giurisdizione esclusiva fin troppo ampia non rispettosa dei limiti costituzionali.

È stata la già citata sentenza 204 del 2004 della Corte costituzionale che diede una soluzione utilizzando due argomenti essenziali: in primo luogo, chiarì che non si trattava di tutelare diritti soggettivi ma di tutelare gli interessi legittimi non soltanto in chiave demolitoria e conformativa ma anche risarcitoria; in secondo luogo, chiarì che l'articolo 24 Cost. sulla essenzialità e inviolabilità dei diritti di difesa pone un'esigenza di concentrazione presso il medesimo giudice della tutela della medesima situazione soggettiva in relazione a un medesimo episodio di vita (l'argomento era quello che riteneva insostenibile sottoporre l'interessato ha ben cinque gradi di giudizio per ottenere la tutela giurisdizionale). Dunque, la Corte costituzionale spiegò che il risarcimento del danno per equivalente non esemplificava una nuova materia – che altrimenti effettivamente non avrebbe più avuto carattere "particolare" ai sensi dell'art. 103, comma 1, Cost. – e che si trattava invece solo di completare la tutela dell'interesse legittimo aggiungendo alla dimensione demolitoria e conformativa quella risarcitoria.

È opportuno menzionare questo percorso perché ci aiuta a comprendere che la copertura costituzionale della giurisdizione risarcitoria del giudice amministrativo a regime risiede proprio nel carattere complementare

e strumentale del risarcimento del danno. Il risarcimento per equivalente sopraggiunge quando l'annullamento e l'indicazione del vincolo conformativo non sono sufficienti a proteggere l'interesse legittimo. Ne deriva una conservazione della centralità della tutela demolitorio-conformativa, la quale in fondo è stata salvaguardata anche con la formula di compromesso con cui l'articolo 30 del codice del processo amministrativo ha risolto la *querelle* relativa alla pregiudiziale amministrativa; tanto più che il giudice amministrativo ha avuto cura di precisare anche che la mancanza di una tempestiva impugnazione avrebbe avuto l'effetto di elidere la domanda autonoma di risarcimento per i danni altrimenti evitabili, in linea con quanto prevede l'art. 1227, comma 2, c.c. (Cons. Stato, Ad. plen. n. 3 del 2011).

Il ruolo della tutela risarcitoria è stato poi fortemente condizionato dall'azione di ottemperanza e dal ruolo che la tutela reale ha tradizionalmente assunto e mantenuto nel processo amministrativo. Il processo amministrativo si sviluppa nel segno della garanzia e della proiezione verso il bene della vita. La fase di esecuzione ha un tratto principale e di regola assorbente che si sostanzia in una coazione diretta, grazie ai poteri della giurisdizione di merito. Questo fa sì che, quando l'interesse legittimo è ancora realizzabile in forma reale, quando il bene della vita provvedimento è ancora conseguibile, la strada principale rimane quella dell'azione di ottemperanza (e questo anche alla luce dello spazio che la giurisprudenza amministrativa ha sempre dato al predetto art. 1227, comma 2, c.c.). Se poi l'effetto conformativo della sentenza non fosse completo, come di regola accade, ossia se non vi fosse la puntuale condanna ad adottare un provvedimento nel presupposto che la discrezionalità non si sia ancora esaurita e se dunque nuovamente la decisione spettasse all'amministrazione benché nel solco tracciato dall'effetto conformativo, ancor di più il risarcimento del danno rimarrebbe in attesa fino a quando non si vedrà quale sia la risposta data dalla pubblica amministrazione al giudicato. La stessa azione di risarcimento spendibile direttamente in sede di ottemperanza vuoi per i danni dipendenti dal ritardo con cui il giudicato viene eseguito vuoi per i danni derivanti da un'impossibilità sopravvenuta ancorché derivante da causa non imputabile alla p.a. (Cons. Stato, Ad. plen. n. 2 del 2017), ha un'evidente funzione complementare nella ribadita attuazione del principio di concentrazione che addirittura consente qui, come sappiamo, la trattazione in unico grado della domanda. La stessa previsione dell'articolo 34 del codice di una condanna all'emanazione del provvedimento e di una eventuale anticipazione delle misure di esecuzione, come la nomina del commissario *ad acta*, direttamente nella sentenza di merito conferma la proiezione del processo verso il bene della vita primario anziché verso quello secondario e complementare della tutela per equivalente.

Si sono sì coltivati spazi per una tutela risarcitoria autonoma, ma sono angusti e sporadici, come quello del silenzio ed inerzia della p.a. (art. 2 *bis*,

legge n. 241 del 1990), della c.d. responsabilità precontrattuale della stazione appaltante che provvede alla revoca di un bando erroneamente e colposamente pubblicato (Cons. Stato, Ad. plen. n. 6 del 2005) e del danno da occupazione illegittima (Cons. Stato, Ad. plen. n. 4 del 2005). Inoltre, si tratta di fattispecie nelle quali, esplicitamente o implicitamente, la copertura costituzionale dell'azione risarcitoria autonoma andrebbe ricercata in verità sul differente terreno della giurisdizione esclusiva. E così la giurisdizione risarcitoria del giudice amministrativo rimane incentrata sul danno "da provvedimento", dato che oltretutto quella riferibile al danno da "comportamento" è rivendicata al giudice ordinario dalle Sezioni unite della Cassazione (sul tema si ricorda il tentativo, non condiviso da queste ultime, di attrarre al g.a. il danno da lesione dell'affidamento maturato in un rapporto di diritto pubblico fatto da Cons. Stato, Ad. plen., n. 20 del 2021).

Tutto questo spiega a mio parere il perché anche nelle controversie relative al PNRR la propensione del giudice sia quella di utilizzare la tutela di carattere demolitorio e conformativo. Se in termini più generali una certa ritrosia del giudice amministrativo verso il risarcimento per equivalente può essere ritenuto comprensibile e giustificabile – benché sempre meritevole di riflessione e di miglioramenti, anche sull'uso dei poteri istruttori che la legge gli conferisce – una tale propensione nelle controversie PNRR lascia forse qualche perplessità in più.

In primo luogo, dal punto di vista della copertura costituzionale si deve ritenere che uno spazio affidato alla tutela risarcitoria per equivalente non già come strumento di tutela complementare bensì come forma di tutela sostitutiva dell'annullamento possa essere pienamente affermata nei limiti delle vicende che riguardano il PNRR. Infatti, si tratta di casi che sono comunque circoscritti nel tempo e che si giustificano sul piano della discrezionalità legislativa in nome della delicatezza del momento e dell'importanza degli impegni istituzionali assunti. Poi, dal punto di vista strettamente giuridico, si possono giustificare anche in nome del vincolo che dall'ordinamento eurounitario, a mio parere, discende in merito al rispetto dei tempi di un programma che trova le sue basi dirette in un atto derivato emanato dall'Unione europea: per un verso, il PNRR infatti mi sembra che sia stato in verità sostanzialmente legificato attraverso la *relatio* che è stata implicitamente ma incontestabilmente effettuata dal citato d.l. n. 77 del 2021 e dalla sua legge di conversione; per altro verso, l'accordo vincolante siglato dalla Repubblica italiana con l'Unione sul PNRR vede le sue radici in una disposizione del Regolamento Ue 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che ha istituito il «dispositivo per la ripresa e resilienza», sicché questo raccordo con un atto di diritto derivato suscettibile di produrre effetti *erga omnes* potrebbe conferire alla legge di approvazione del PNRR, che a sua volta esiste come testé detto, un'efficacia rinforzata

In secondo luogo, si è già parlato della preoccupazione che, riducendo la portata della tutela risarcitoria per equivalente e affidando, nei fatti, alla prassi giurisdizionale pressoché esclusivamente la soluzione demolitorio-conformativa, possa comunque esser percepita dal giudice una qualche spinta istituzionale verso la protezione delle ragioni dell'amministrazione e quindi verso il rigetto del ricorso. Il principio del risultato (art. 1 d.lgs. n. 36 del 2023), che condivido certamente e pienamente, potrebbe anch'esso contribuirvi. Si perderebbe, insomma, il risarcimento come alternativa preziosa per conciliare le ragioni del PNRR e quelle dell'effettività della tutela giurisdizionale. Se poi invece il giudice volesse assumere una decisione di annullamento e se essa, attraverso lo svolgimento della tutela demolitorio-conformativa, potesse incidere negativamente sul rispetto dei tempi imposti dal piano, il mancato sviluppo di una tutela risarcitoria che non fosse puntualmente valorizzata nella sentenza, in una con la esplicita salvaguardia del contratto stipulato a valle, produrrebbe parimenti un problema, per la soluzione del quale il legislatore si era però mosso con una disciplina speciale.

4. Fin qui si è ragionato nel solco del PNRR, ma in verità il Piano rappresenta, come anticipavo in principio, anche un punto di svolta per il sindacato del giudice amministrativo.

La stagione che stiamo vivendo, caratterizzata da una crisi di estensione globale, con due guerre, un'aperta conflittualità geoeconomica e geopolitica, il capitalismo politico con la ricomparsa dei dazi, il nazionalismo economico, la sfida proveniente dal continente asiatico, l'irresistibile innovazione tecnologica e l'emersione della sicurezza come questione storica primaria, sta determinato una spinta centripeta destinata a rafforzare il potere pubblico, persino indebolendo il pluralismo istituzionale.

Sicché il PNRR potrebbe essere, in questa congiuntura, solo uno dei capitoli che contribuiscono a questo rafforzamento. Se ne possono citare infatti molti altri e tutti frutto della contemporaneità: l'adozione del principio del risultato nei contratti pubblici che ho prima menzionato, l'espansione dei poteri speciali governativi a proposito del c.d. *Golden power*, l'uso del principio di precauzione nelle funzioni di tutela ambientale, le funzioni di sicurezza pubblica in materia di interdittive antimafia e la permanente forza dell'Autorità antitrust contro le distorsioni della concorrenza, sovente sottratte ad una verifica puntuale sotto l'egida della teoria generale dell'illecito (come nel caso delle indagini conoscitive nel c.d. *New Competition Tool* all'italiana; v. l'art. 1 del d.l. n. 104 del 2023 e parere del Consiglio di Stato sez. I, 29 gennaio 2024, n. 61).

Questo fenomeno complessivo porta con sé l'ennesimo passaggio della storia e pone il giudice amministrativo ancora una volta di fronte alla consueta sfida: riuscire a sindacare il potere pubblico senza ridurne la necessa-

ria effettività. Vale a dire adoperare la tecnica non sostitutiva del potere che è propria della giurisdizione di legittimità, senza però trasmodare in quella “considerevole timidità” che Vittorio Emanuele Orlando denunciava nei confronti del giudice ordinario agli arbori della legge che nel 1889 avrebbe istituito la IV sezione del Consiglio di Stato.

Lo strumentario non manca di certo e la tecnica di controllo della discrezionalità attraverso l'eccesso di potere gode ormai di un'esperienza plurisecolare. Questo dovrebbe sopire le preoccupazioni.

Però potrebbe esserci un'insidia.

Il giudice amministrativo in questi ultimi decenni ha più volte celebrato la transizione del suo processo dall'atto al rapporto controverso ed ha configurato la sua giurisdizione come una giurisdizione di spettanza: quasi un giudizio paritario nel rapporto tra amministrazione e privato. Ma dove c'è potere non c'è parità, ovviamente. E la stessa pienezza della giurisdizione non può nascondere questo dato.

Il rischio, allora, è che il giudice possa (talora e in alcune circostanze) smarrire l'abitudine a individuare il potere, a scovarlo, a riconoscerlo ed a sindacarlo come tale, come invece richiede la tradizione liberale che fu la giustificazione dapprima della sua nascita e poi del suo permanere nell'epoca costituzionale quale giudice speciale. Il rischio, ad esempio, è che in nome del risultato e di una giurisdizione comunque riconosciuta come “effettiva a prescindere”, egli finisca per premiare la continuità del potere anche quando l'esercizio della discrezionalità non riesca in verità a rispettare i paletti che la sperimentazione dell'eccesso di potere ha forgiato nel corso del tempo e della sua fulgida tradizione. E che, magari attraverso l'uso diretto di una clausola di “ragionevolezza” munita potenzialmente di un'ampiezza pressoché sostitutiva, finisca nei fatti per premiare l'amministrazione anche quando non lo meriti, in nome di un giudizio sul rapporto che rimane paritario solo all'apparenza.

Lo Stato di diritto è a fondamento del quadro costituzionale nazionale ed europeo, come ben sappiamo, e questo nella temperie storica che stiamo vivendo richiede che anche il potere di un'amministrazione più forte e munita di maggiore legittimazione (rispetto a un recente passato che l'aveva vista troppo debole e intimorita) trovi il suo giudice speciale fedele alla sua vocazione e sempre pronto a sindacarne la legittimità.



GIOVANNI FABIO LICATA

## Appunti sulla formazione giurisprudenziale del diritto amministrativo

SOMMARIO: 1. Giurisprudenza e diritto amministrativo. – 2. L'applicabilità dei precedenti giurisprudenziali. – 3. Il “nuovo” contributo della giustizia amministrativa alla formazione del diritto amministrativo.

1. Costituisce un'affermazione ricorrente quella per cui il diritto amministrativo sia un diritto a formazione giurisprudenziale. Il giudice amministrativo, infatti, ha contribuito in modo determinante alla costruzione della materia, alla progressiva stratificazione di un diritto concettualmente e teoricamente distinto da altri ambiti disciplinari. Ciò perché, con la necessità di offrire tutela nei confronti del potere pubblico, ne ha identificato i principi e contribuito alla strutturazione delle sue regole<sup>1</sup>.

Nel percorso che conduce al riconoscimento del diritto amministrativo come branca autonoma dell'esperienza giuridica sarebbe ingeneroso non riconoscere il ruolo che pure ha avuto la dottrina<sup>2</sup>, da sempre coinvolta nella (più) precisa rappresentazione degli istituti, anche ai fini della restituzione di una tutela effettiva, e da subito impegnata in un'attività, agli inizi ponderosa, di sistemazione della materia<sup>3</sup>. Certo è, però, che non solo nell'iniziale fase costruttiva, ma anche nella realtà odierna, il momento giurisprudenziale è sempre stato ritenuto essenziale per il diritto amministrativo. Per questo, l'idea del diritto amministrativo come (il diritto) del “suo” giudice sembra costituire un elemento di sistema piuttosto che un semplice fattore di correlazione alla specialità della disciplina<sup>4</sup>.

Da un punto di vista qualitativo, l'apporto della giurisprudenza amministrativa è stato variamente considerato. Alcuni ne hanno evidenziato la

<sup>1</sup> M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, p. 176 ss.

<sup>2</sup> A. MASSERA, *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 761 ss., anche per il rapporto tra il lavoro della scienza gius-amministrativistica e quello operato della giurisprudenza, *ivi*, p. 861 ss.

<sup>3</sup> Fondamentale, come noto, quella intrapresa da Vittorio Emanuele Orlando con la curatela del *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, il cui primo volume è dell'anno 1900.

<sup>4</sup> M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 143 ss.

natura creativa<sup>5</sup>, anche fino al punto di ritenere che quello amministrativo sia (divenuto) giudice in ragione della sua stessa giurisprudenza<sup>6</sup>. Altri, invece, hanno ritenuto di fare assumere minore consistenza al ruolo del giudice, minimizzandone o circoscrivendone il contributo normativo<sup>7</sup>. Nella realtà odierna, dove peraltro il dibattito inerente alla natura dell'esercizio della funzione giurisdizionale assume un impatto crescente, l'attività giudiziaria, soprattutto nel momento in cui viene ad esprimersi con modalità (ritenute) eccessivamente creative, è stata sottoposta a critiche, talvolta anche severe<sup>8</sup>.

Qualsiasi analisi che si proponga di (ri)considerare la rilevanza della giurisprudenza in ordine alla formazione del diritto amministrativo deve certo tenere in considerazione tali premesse, ma dovrebbe anche (ri)valutare le stesse non come delle invarianti, quanto piuttosto collocarle all'interno di una dimensione, prima di tutto storica, che è mutata, ma soprattutto nel contesto di un equilibrio tra poteri il cui esercizio si manifesta con caratteristiche di forma e di sostanza diverse rispetto al passato<sup>9</sup>. In questa prospettiva, la giurisprudenza amministrativa mantiene comunque delle specificità, che ancora giustificano l'analisi particolare. Essa, però, merita probabilmente una rinnovata attenzione, e forse anche la focalizzazione su alcuni profili che, oggi senz'altro più di ieri, necessitano di una riflessione aggiornata alla luce dei cambiamenti in atto.

Un primo aspetto da valutare è quello inerente al "posto" che compete alla giurisdizione rispetto all'applicazione della legge, e più in generale delle norme giuridiche. Tale problematica finisce talvolta con l'essere estremizzata, correlandosi la creatività della giurisprudenza alla produzione normativa<sup>10</sup>. Pur escludendo tale prospettiva, però, non si può mancare di

<sup>5</sup> M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 522 ss., per l'affermazione specifica per cui il riferimento alla funzione pretoria della giurisprudenza vale a significare «che è essa a creare il corpo delle norme sostanziali generali del diritto amministrativo, cioè degli atti e dei procedimenti amministrativi, poiché il legislatore non si è mai occupato di fissarle», *ivi*, p. 536.

<sup>6</sup> P. D'AMELIO, *La formazione giudiziale del diritto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1969, p. 118 ss., p. 120 ss.

<sup>7</sup> F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, p. 1 ss., dove si evidenzia il limite imposto dal contenuto delle norme da applicare, p. 45.

<sup>8</sup> Per la dottrina amministrativistica cfr. più di recente F. SAITTA, *Interprete senza partito: saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, le cui argomentazioni critiche, relative tanto all'interpretazione delle norme processuali che al diritto sostanziale, muovono peraltro da un'impostazione preliminare di matrice non rigidamente testualista, *ivi*, p. 211 ss. e p. 513 ss., p. 518 ss.

<sup>9</sup> A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, p. 393 ss., contributo che opportunamente segnala la necessità di distinguere tra la funzione di governo (caratterizzata da più spiccati elementi di politicità) e quella di amministrazione, *ivi*, soprattutto p. 430 ss.

<sup>10</sup> N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 151 ss., p. 190 ss.

constatare che il ruolo del giudice risente necessariamente sia della (aumentata) complessità degli interessi da comporre nella sede giudiziaria che della (mutata) struttura della legislazione, sempre più spesso formulata con modalità “aperte”, e dunque idonee a recepire una pluralità di contenuti (normativi). Da questo punto di vista la giurisdizione si inserisce con maggiore intensità nei processi di produzione giuridica, restituendo al sistema particolari dimensioni della normatività, non sempre meccanicamente riconducibili al diritto positivo<sup>11</sup>. La questione è evidentemente di carattere generale, e non può quindi ritenersi confinata alle vicende del diritto amministrativo. In ogni caso, essa esclude di potere riscontrare nella legislazione (non solo l’unico ma forse neanche) il principale elemento di certezza giuridica<sup>12</sup>, che va piuttosto ricostruita a partire dalla valutazione analitica della giurisprudenza, nonché dei meccanismi e del contesto all’interno del quale essa si produce<sup>13</sup>.

Lo stesso ruolo del giudice amministrativo necessita di essere storicizzato, perché molto diverse rispetto al passato sono le condizioni di base a partire dalle quali si sviluppa il dato giurisprudenziale. Dall’assenza di una disciplina generale, e quindi dalla autonoma costruzione giurisprudenziale di principi, si è passati alla presenza di una legislazione pervasiva: non solo quella sul procedimento, che è poi divenuta (in parte) sugli atti, ma anche un gran numero di disposizioni settoriali, spesso veicolate attraverso lo strumento della codificazione<sup>14</sup>. In ultimo, nella legislazione sono espressamente richiamati principi di cui l’amministrazione deve tenere conto nell’esercizio della propria attività<sup>15</sup>. Il compito della giurisdizione, solo

<sup>11</sup> Per i limiti (ordinamentali) che alla legge sono propri, anche in chiave storica, si veda P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020.

<sup>12</sup> In un contesto dove l’incertezza del diritto diviene essa stessa una (in)variabile di sistema, si pone peraltro la questione del *trade off* esistente tra diritto ingiusto ma certo e diritto giusto ma incerto, cfr. G. GOMETZ, *L’incertezza del diritto*, Torino, 2024, p. 37 ss. Nella letteratura straniera, in linea con questi argomenti, cfr. R. KOZEL, *Settled versus Right: A Theory of Precedent*, Cambridge University Press, 2017.

<sup>13</sup> N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 41 ss.

<sup>14</sup> D’altra parte, gli elementi d’ordine della codificazione si scontrano con la necessità, immanente alla stessa logica del diritto amministrativo, di perseguire (la mutevolezza del) l’interesse pubblico, su di che può vedersi M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, p. 217 ss.

<sup>15</sup> Particolare dibattito hanno suscitato quelli più di recente introdotti nel codice dei contratti pubblici, su di che cfr. M. CAFAGNO, *Funzioni delle gare e principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Dalla giustapposizione al bilanciamento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, p. 96 ss. Tra i molti, per l’analisi di specifici principi, possono vedersi G. GRECO, *Buona fede nell’esercizio del potere amministrativo e responsabilità civile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2025, p. 525 ss., con riguardo al principio di buona fede, e G. TROPEA, *Un nuovo super-principio*, in *Dir. proc. amm.*, 2025, p. 464 ss., con riferimento al principio del risultato. In termini generali, d’altra parte, può osservarsi come la dottrina più autorevole ha avuto

apparentemente “semplificato” dall’accrescimento dei parametri di legittimità che derivano dal diritto positivo, si confronta così con un quadro più complesso rispetto al passato. Non solo perché occorre restituire un ordine alla pluralità dell’articolazione delle fonti<sup>16</sup>, ma soprattutto in quanto il confine tra giurisdizione e (riserva di) amministrazione si dimostra obiettivamente (più) complicato (dalla struttura “aperta” della legislazione). Ed in effetti, tale confine non risulta sempre intellegibile all’interno di una mera distinzione tra legittimità e merito che escluda di considerare la dimensione istituzionale dell’allocazione del potere decisionale che al sindacato giurisdizionale appare presupposta<sup>17</sup>.

Nell’ambito di tale complessità, alla “debolezza” del diritto positivo, e soprattutto al cospetto delle difficoltà insite nel ricostruire (esclusivamente) da questo idonei elementi di certezza, si tende a contrapporre la rilevanza “pratica” del dato giurisprudenziale. Così, anche al cospetto di una frammentazione della manualistica, e della crescente precarietà delle costruzioni dogmatiche, la giurisprudenza sembra manifestarsi come un parametro di riferimento essenziale che supera la soluzione dei casi concreti, per proporsi invece come principale strumento di esegesi normativa se non, anzi, come elemento prioritario di (ri)costruzione del sistema.

Tale rappresentazione porta con sé elementi di verità, ma ha insite delle significative criticità. La giurisprudenza, infatti, non si presenta come un elemento unitario, non già solo per i suoi esiti, ma anche per le modalità attraverso le quali a questi si perviene<sup>18</sup>. Ne derivano quindi oggettive difficoltà nel proporre un’uniformità dell’analisi, sia nel merito che come metodo, e dunque la “sicura” restituzione di certezze altrove venute meno. E tanto vale anche se dalla giurisprudenza come insieme si restringe la focalizzazione sui (singoli) precedenti, per i quali sostanzialmente mancano strumenti concettuali adeguati a definirne l’ambito di concreta rilevanza, e quindi le relative condizioni di applicabilità<sup>19</sup>.

La correlazione tra il formante giurisprudenziale e la formazione del

cura di identificare un carattere unitario allo statuto giuridico dell’attività amministrativa anche attraverso la rilevanza di principi, cfr. F.G. SCOA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI agg., Milano, 2002, p. 75 ss., p. 95 ss.

<sup>16</sup> M. MAZZAMUTO, *L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 683 ss.

<sup>17</sup> Per questi aspetti mi sia consentito il rinvio a G.F. LICATA, *Provvedimenti antitrust a contenuto normativo*, Milano, 2013, p. 73 ss., p. 278 ss. Per le conseguenze dinamiche di tale impostazione sull’attività interpretativa, cfr. nella letteratura straniera C.R. SUNSTEIN, A. VERMEULE, *Interpretation and Institutions*, in *Michigan Law Review*, 2003, p. 885 ss.

<sup>18</sup> Per la problematizzazione della questione dal punto di vista del metodo giuridico cfr. A. ROMANO TASSONE, *Pluralità di metodi ed unità della giurisprudenza*, in *Dir. Amm.*, 1998, p. 651 ss.

<sup>19</sup> Per la distinzione, cfr. M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 709 ss.

diritto amministrativo, peraltro, non può più risultare confinata ai singoli esiti processuali, ma, invece, deve adesso essere inserita in una trama più estesa, nell'ambito della quale la dimensione organizzativa della giustizia amministrativa, intesa in un senso ampio che ricomprende il momento giurisdizionale (in senso stretto) ma che in questo non si esaurisce, assume un peso rilevante<sup>20</sup>. Essa si dimostra non solo idonea a incidere sulle specifiche vicende processuali, ma pure a veicolare la proiezione della normatività così per come si determina a partire dal dato processuale, in tal modo contribuendo (anche) al rafforzamento della sua effettività<sup>21</sup>. E, nel loro insieme, si tratta di elementi che per lo più implicano l'uso di strumenti tecnologici prima non esistenti, tra cui soprattutto quello dell'intelligenza artificiale, e che scaricano anche nel contesto del diritto giudiziario la complessità, prima di tutto metodologica, del rapporto tra creatività umana e automazione<sup>22</sup>.

Quello che ne deriva, quindi, è un quadro d'insieme complesso, che, pur nella continuità teorica e pratica relativa alla formazione giurisprudenziale del diritto amministrativo (tra presente e passato), restituisce importanti elementi di novità, che occorre affrontare con la dovuta proiezione critica e sistematica.

2. La giurisdizione amministrativa ha delle sembianze diverse rispetto al passato. Prima di tutto per le modalità mediante le quali viene esercitata, adesso incardinate all'interno di una logica processuale disciplinata dal codice<sup>23</sup>. Ma anche per i suoi esiti che, nonostante la costante espansione dei parametri di legge, spesso vengono considerati (incrementalmente) creativi<sup>24</sup>.

Se si pone un raffronto con il passato, però, dove il giudice tali parametri era chiamato a ricostruirli, si dovrà prendere atto che, a meno di non volere fare assumere, il che peraltro non sembra né corretto né auspicabile, alla giurisdizione (tutta, e non solo quindi a quella amministrativa) un ruolo tipologicamente assimilabile alla produzione normativa, non è la sua attività

<sup>20</sup> Mi sia permesso il rinvio a G.F. LICATA, *Trasformazioni della giustizia amministrativa*, Torino, 2023.

<sup>21</sup> A. SÁNCHEZ-HIDALGO, *Law as Communication: Pragmatism and Rhetoric in the Theory of Legal Decision Making*, Springer, Berlin, 2025.

<sup>22</sup> H. SURDEN, *Artificial Intelligence and Law: an Overview*, in *Georgia State University Law Review*, p. 1305 ss.

<sup>23</sup> A. PAJNO, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 119 ss., il quale tra l'altro vede nel codice un elemento di perduranza della specialità (della giurisdizione) amministrativa, *ivi*, p. 135 ss.

<sup>24</sup> Con riferimento specifico all'ambito processuale, da ultimo, F. SAITTA, *Regole processuali, indeterminatezza, e creazionismo giudiziario*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, p. 263 ss. Si veda però P. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021, per il rapporto tra antiformalismo giudiziario e tutela dei diritti, *ivi*, in particolare p. 97 ss.

ad essere mutata, quanto piuttosto il contesto all'interno del quale la stessa si produce.

L'aumento dei parametri di legittimità non genera una meccanica certezza, perché anzi il giudice si trova chiamato a restituire un ordine tra le fonti, coordinare le antinomie, comporre la complessità degli interessi. Una legislazione porosa che non regola direttamente, ma che piuttosto costituisce lo strumento per la composizione della(e) conflittualità tra gli interessi, non fa però (ancora) assumere alla giurisdizione il ruolo di fonte (di produzione) del diritto, anche se ne aumenta la proiezione normativa. Alla giurisdizione, comunque, non può riconoscersi la potestà di superare i confini tracciati dalla legislazione. Infatti, sebbene la struttura della norma da applicare amplifichi l'inserimento di contenuti valoriali all'interno della decisione giurisdizionale, il principio costituzionale della separazione dei poteri circo-scrive sempre l'attività del giudice. Certo, per il diritto amministrativo tale operazione si dimostra più articolata, perché la norma in linea di principio attribuisce a una delle parti del conflitto, segnatamente quella pubblica, la (scelta sulla) determinazione dell'assetto di interessi<sup>25</sup>. Permangono quindi le problematiche relative alla perimetrazione della linea di confine tra amministrazione e giurisdizione (amministrativa), alla distinzione tra sindacato di legittimità ed eccesso di potere giurisdizionale, alla (più) precisa identificazione delle regole che al sindacato giurisdizionale risultano presupposte<sup>26</sup>.

Al fondo, le questioni in tal senso maggiormente rilevanti sembrano condensarsi intorno alla strutturazione del rapporto tra interpretazione e discrezionalità<sup>27</sup>. La teoria classica della discrezionalità assume l'interpretazione come un presupposto dato, quale determinazione di intelletto sganciata da elementi volontaristici<sup>28</sup>. Da un punto di vista logico, tale rappresentazione semplifica il quadro di riferimento, consente un riparto lineare tra ciò che sarebbe attribuito al giudice e quanto, invece, resta nelle prerogative dell'amministrazione<sup>29</sup>. Essa, però, si scontra con le complica-

<sup>25</sup> S. COGNETTI, *Legge, amministrazione, giudice: potere amministrativo tra storia e attualità*, Torino, 2014, p. 28 ss.

<sup>26</sup> S. COGNETTI, *op. ult. cit.*, p. 98 ss.

<sup>27</sup> Anche nella prospettiva della teoria generale, cfr. L. BENVENUTI, *Interpretazione e discrezionalità nel diritto amministrativo*, Milano, 2002. Sull'inserimento della discrezionalità amministrativa all'interno della (più ampia) problematica dei processi decisionali dell'amministrazione pubblica cfr. A. ROMEO, *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, Napoli, 2008, p. 266 ss.

<sup>28</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939, p. 68.

<sup>29</sup> Sebbene, può in effetti osservarsi, a tutt'oggi permangono plurime incertezze in giurisprudenza al fine di modellare l'intensità del sindacato (debole/forte, estrinseco/intrinseco, attendibilità/maggiore attendibilità). Rispetto alla discrezionalità tecnica si veda A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato: la discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007, p. 219 ss.

zioni della realtà effettuale, perché (soprattutto) innanzi a una struttura legislativa “aperta” che consente più soluzioni interpretative tutte possibili (e legittime) la continuità (teorica e) pratica tra interpretazione e discrezionalità diviene più evidente: lo stesso procedimento interpretativo costituisce una scelta che determina la fattispecie a partire dalla quale la discrezionalità si sviluppa<sup>30</sup>. In questo senso, la composizione degli interessi si promuove già nel momento (logico) dell’interpretazione, dal che consegue la necessità di problematizzare gli esiti della discrezionalità introducendo un rapporto di continuità con le vicende interpretative<sup>31</sup>, e quindi immaginando che la (teoria del)l’interpretazione debba essere presa in considerazione come elemento dal quale ricostruire le (singole) fattispecie presupposte all’esercizio della discrezionalità, ed alla valutazione di (il)legittimità<sup>32</sup>.

Tale operazione concettuale, peraltro, dovrebbe tornare utile ai fini di una migliore intellegibilità del quadro giuridico entro il quale si produce il sindacato di legittimità quando ad esserne interessata è l’attività amministrativa guidata da principi, anche laddove espressi per il tramite di disposizioni legislative. Pure in tali casi, in realtà, le vicende della normatività tendono a riprodursi su più livelli, e la loro rilevanza dipende dal confronto con i fatti costitutivi delle singole fattispecie concrete. Ragionare nei termini della sussunzione diviene per queste ipotesi più complesso, e forse praticamente inutile<sup>33</sup>. La ricostruzione della legalità (sostanziale) non deve però essere abbandonata, ma va piuttosto ricostruita con modalità diverse, che prefigurano una parametrizzazione analitica del fatto al fine di identificare i contorni più precisi della regola di diritto che deve essere applicata<sup>34</sup>.

Se si volge lo sguardo alla comparazione, questo modo di ragionare non risulta affatto nuovo, non avendo per esempio mai fatto perdere rilevanza ai principi della *common law*, e al conseguente ruolo (non creazionista ma)

<sup>30</sup> Che può avere sempre come suo presupposto concettuale la progressione dinamica della stessa discrezionalità, su di che rimane fondamentale A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell’esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, p. 77 ss. Per l’aspetto specifico di cui al testo, invece, mi permetto nuovamente il rinvio a G.F. LICATA, *Provvedimenti antitrust a contenuto normativo*, cit., p. 161 ss.

<sup>31</sup> L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, p. 66 ss.

<sup>32</sup> N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, p. 133 ss., anche per l’assimilazione dell’interesse pubblico concreto agli esiti dell’attività interpretativa, *ivi*, in particolare p. 142.

<sup>33</sup> Se vi è disarticolazione tra la rilevanza del fatto (e la sua replicabilità) riesce infatti disagevole identificare parametri di legittimità, cfr. M. TRIMARCHI, *Il risultato dell’azione amministrativa. Un quadro d’insieme*, in *Dir. amm.*, 2025, p. 803 ss.

<sup>34</sup> M.R. SPASIANO, *Dall’amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi*, 2024, p. 206 ss., per il collegamento tra la materialità del risultato, la norma attributiva del potere (per come arricchita dal corrispondente principio) e il sindacato di legittimità, *ivi*, p. 222 ss.

creativo del giudice, (anche) quando gli stessi si sono trovati ad impattare con la progressiva espansione della legislazione<sup>35</sup>. E volendo formularne un ragionamento compiuto, si dovrà constatare come, anche da un punto di vista storico, non dissimile ragionamento ha caratterizzato il diritto amministrativo, specie nel suo evolversi all'interno della giurisdizione. L'eccesso di potere e i principi, sia pure quando (giustamente) caratterizzati come norme<sup>36</sup>, non passano da una rappresentazione astratta, ma piuttosto esprimono un contenuto normativo la cui effettività si condensa nelle vicende concrete, e nei fatti che le stesse animano<sup>37</sup>.

Così, il ruolo del giudice nella formazione del diritto amministrativo rimane in larga misura saldo pur nel contesto di un insieme giuridico che conosce una espansione significativa del diritto positivo, e dunque, almeno teoricamente, un progressivo ampliamento della regolamentazione dell'attività amministrativa. Esso, infatti, vale (progressivamente) a fissare il contenuto sostanziale di regole e principi di cui occorre fare applicazione. Forse, però, occorrerebbe riconsiderare alcuni degli strumenti a disposizione del giurista al fine di valutare l'effettiva rilevanza del dato giurisprudenziale, soprattutto in un'epoca come quella attuale dove la complessità è aumentata, ed è (forse) ancora destinata ad aumentare.

Un diritto a caratterizzazione giurisprudenziale ha come riferimento le pronunce dei giudici, che secondo un lessico ormai di uso comune si definiscono (come) precedenti<sup>38</sup>. Per i fini per cui si scrive, non interessa interrogarsi sull'ascrivibilità dei precedenti, anche quelli dell'Adunanza plenaria che pure assumono consistenza (quantomeno procedurale) diversa, tra le fonti del diritto<sup>39</sup>, ma basta recepirne la loro proiezione normativa, nel senso (pur certo generale) per il quale essi cristallizzano, e talvolta anche stabilizzano, una particolare dimensione normativa del diritto (positivo)<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> P.L. STRAUSS, *The Common Law and Statutes*, in *University of Colorado Law Review*, 1999, p. 225 ss.

<sup>36</sup> E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme non sintomi*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, p. 61 ss.

<sup>37</sup> E. FOLLIERI, *op. ult. cit.*, p. 64 ss., sebbene, in coerenza con quanto presente nel testo, si possa qui precisare che alla generale oggettivizzazione della norma descritta dall'autore, se ne somma una specifica, che fa assumere valore al parametro di legittimità rispetto alla concreta rilevanza della vicenda fattuale in evidenza, e la replicabilità di tale momento (logico) consente comunque di accostarsi alla certezza giuridica (anche al cospetto di norme strutturalmente vaghe).

<sup>38</sup> M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 711 ss.

<sup>39</sup> Per la tesi che accosta i precedenti della plenaria alle fonti del diritto cfr. tra gli altri A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, Napoli, 2018, p. 139 ss.

<sup>40</sup> S. LEWIS, *Precedent and the Rule of Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2021, p. 873 ss., dove si mette bene in evidenza la stabilità che il precedente conferisce al sistema, specie innanzi a disposizioni (legislative) vaghe, *ivi*, in particolare p. 881 ss.

Anche in questa (più limitata) prospettiva, in realtà, non ci si può sottrarre al compito di (provare a) identificarne l'esatta portata "precettiva"<sup>41</sup>, e quindi considerarne le condizioni di (eventuale) applicabilità rispetto ai casi successivi<sup>42</sup>.

Per quanto il riferimento ai precedenti appaia d'uso comune, ed anzi riportandosi il loro "appropriato" richiamo agli obblighi deontologici di giudici<sup>43</sup> ed avvocati<sup>44</sup>, si dovrà però constatare l'assenza di strumenti, tanto teorici come pratici, utili a recepirne il contenuto sostanziale, la possibilità di ritenere che il "principio di diritto" che si intende applicare risulti "corrispondente" a quello di un caso, o di più casi, in precedenza decisi<sup>45</sup>. Il che appare senz'altro come un paradosso: un diritto amministrativo (a progressiva formazione) giurisprudenziale si fonda sui precedenti, ma il riferimento alla giurisprudenza, che a sua volta presupporrebbe la necessità

<sup>41</sup> S. LEWIS, *op. ult. cit.*, p. 890 ss. Ne deriva peraltro un approccio al ragionamento giuridico (parzialmente) diverso, cfr. anche F. SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, Cambridge, 2012, p. 36 ss.

<sup>42</sup> L'accostamento alla nozione di applicabilità va qui intesa come uso del precedente da parte di organi istituzionalmente competenti ad assumere decisioni autoritative, e si può ulteriormente precisare che l'uso del precedente deriva dalla sua presenza in un'argomentazione giuridica, determinando o contribuendo a determinare il contenuto di una decisione. Ciò ovviamente non vale a recepire l'idea che il precedente sia una norma, ancorché poi nel contesto decisionale il suo uso (argomentativo) conduca sempre alla identificazione concreta di norme. Ne segue che, con le dovute variazioni dipendenti dalla tesi qui esposta, può in qualche misura riprodursi lo schema logico dell'applicabilità presente nell'ambito della teoria generale (con riferimento all'applicazione di disposizioni e di norme), su di che può vedersi, anche per le sfumature concettuali presenti in dottrina, cfr. G. PINO, *L'applicabilità delle norme giuridiche*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2011, p. 797 ss.

<sup>43</sup> Pur non potendo ritenersi i precedenti vincolanti, costituisce fonte di responsabilità dei magistrati prescindere dall'obbligo di conoscere (e dare conto del)la loro esistenza, e ciò perché nel contesto di «un sistema che valorizza l'affidabilità e la prevedibilità delle decisioni, l'adozione di una soluzione non in linea con i precedenti non può essere di per sé né gratuita, né immotivata, né immeditata: in una parola, deve essere comunque frutto di scelta (interpretativa) consapevole e riconoscibile come tale, e questo scopo deve essere comprensibile» (Cassazione civile, sezioni unite, 3 maggio 2019, n. 11747, punto 13.14).

<sup>44</sup> Di recente si è ad esempio ritenuto che la citazione di pronunce non pertinenti o il riferimento ad orientamenti giurisprudenziali non noti, anche laddove imputabile all'uso di strumenti di intelligenza artificiale, «costituisce una violazione del dovere del difensore di comportarsi in giudizio con lealtà e probità, in quanto introduce elementi potenzialmente idonei ad influenzare il contraddittorio processuale e la fase decisoria verso un percorso non corretto, e perché rende inutilmente gravosa, da parte del giudice e delle controparti, l'attività di controllo della giurisprudenza citata e dei principi dalla stessa apparentemente affermati» (TAR Lombardia, Milano, 21 ottobre 2025, n. 3348).

<sup>45</sup> Difficoltà che si accrescono laddove si guardi al precedente attribuendogli (contenzualmente) le caratteristiche della generalità (che può, invero, essere mantenuta) e dell'astrattezza (che può, o meglio deve, diversamente essere accantonata), cfr. se si vuole G.F. LICATA, *In tema di rilevanza del principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria*, in *Giur. it.*, 2023, pp. 2166 ss., 2169 ss.

di identificare una coerente “linea” di precedenti conformi, difetta degli elementi idonei a focalizzarne le matrici caratterizzanti<sup>46</sup>.

Quello descritto non è uno stato di cose esclusivamente riconducibile al diritto amministrativo, e si deve anzi constatare che pure nelle tradizioni giuridiche dove l’uso dei precedenti risulta maggiormente consolidato, e dunque è più strutturato, le criticità relative alla loro sistematica tornano ad essere oggetto di accurata riflessione<sup>47</sup>. Ad ogni modo, sembra che intraprendere a costruire una teoria del precedente (giudiziario) sia in qualche modo imprescindibile, non solo al fine di rendere l’uso dei precedenti giurisprudenziali maggiormente coerente e affidabile, ma anche per procedere su più solide basi alla rappresentazione del livello di normatività che essi esprimono<sup>48</sup>.

Se la formazione dei precedenti ha ricevuto scarsa attenzione<sup>49</sup>, altrettanto marginale considerazione si riscontra per la loro interpretazione<sup>50</sup>. La pronuncia giurisprudenziale è stata per lo più analizzata come atto giuridico nei termini della rilevanza rispetto alle parti nei confronti delle quali se ne assume l’efficacia<sup>51</sup>. Pur con importanti presupposti di teoria generale, quindi, l’interpretazione della sentenza è stata (per lo più) studiata nell’ambito di una fenomenologia che destina la produzione di effetti giuridici rispetto a soggetti determinati<sup>52</sup>, o di quelle a questo correlate, anche ai fini

<sup>46</sup> Per la necessità di inserire questa attività (non solo all’interno della valutazione processuale) ma anche nell’ambito di un diverso contesto organizzativo della giustizia, cfr. F. AULETTA, *Per una nuova educazione al diritto giudiziario*, in *Foro it.*, 2019, c. 207 ss.

<sup>47</sup> Pure nell’esperienza americana, dove l’uso dei precedenti è più solido, si è tornato a discutere della loro rilevanza, applicazione e interpretazione, cfr. B.A. GARNER *et al.*, *The Law of Judicial Precedent*, Thomson Reuters, St. Paul, 2016.

<sup>48</sup> Si veda J. WALDRON, *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*, in *Michigan Law Review*, 2012, p. 1 ss., dove si segnala anche l’importanza del momento in (e delle modalità con) cui il precedente viene reso, *ivi*, p. 14 ss.

<sup>49</sup> Ma si veda, se si vuole, G.F. LICATA, *Il procedimento di formazione dei precedenti dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in AA.Vv., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, vol. III, p. 3023 ss.

<sup>50</sup> In effetti con qualche (datata) eccezione, cfr. F. GALGANO, *L’interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 701 ss.; G. DE NOVA, *Sull’interpretazione del precedente giudiziario*, *ivi*, 1986, p. 779 ss. Si veda anche F. SANTANGELI, *La sentenza civile come precedente giudiziale: il suo valore, le modalità di estrazione, i suoi interpreti*, Catania (stampato in proprio), 1996, in particolare p. 69 ss.

<sup>51</sup> F. SANTANGELI, *L’interpretazione della sentenza civile*, Milano, 1996; V. DENTI, *L’interpretazione della sentenza civile*, Tipografia del Libro, Pavia, 1946.

<sup>52</sup> In studi meno recenti: M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005; come anche in studi più recenti: S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, 2017; S. VALAGUZZA, *Il giudicato nella teoria del processo*, Milano, 2016, con riferimento specifico alle p. 241 ss. per alcune possibili correlazioni tra l’efficacia dei precedenti (vincolanti) e il giudicato (*recte* la teoria processuale del giudicato). Pur rilevato che la «forza» del precedente, anche laddove reso dall’Adunanza plenaria, non necessita del giudicato (tra

della perimetrazione del giudicato<sup>53</sup>. Il precedente giurisprudenziale, però, è un qualcosa che, si direbbe quasi per definizione, necessariamente riguarda soggetti diversi da quelli del processo in cui è stato reso, o comunque diversi da quelli cui la pronuncia giurisdizionale dispiega i propri effetti<sup>54</sup>. Senz'altro esso è ancora un atto giuridico, ma nel momento in cui se ne pone riferimento in altro giudizio è anche un fatto giuridico rilevante<sup>55</sup>, che produce effetti (riflessi) se e in quanto il giudice che questo nuovo giudizio definisce ne farà applicazione<sup>56</sup>. Come si interpreta quindi un precedente? Quali sono le sue eventuali condizioni di applicabilità?

Le risposte alle domande che ci si è posti possono essere diverse, il che molto dipende dalle impostazioni concettuali di fondo che si assumono. Quello che appare certo, però, è il non potere ancora continuare a ragionare, quantomeno dopo un certo momento (logico) della progressione normativa, nei termini dell'astratta descrizione delle fattispecie<sup>57</sup>. Il precedente, infatti, deve ancora mantenere le caratteristiche della generalità, ma non più quelle dell'astrattezza perché pertiene a una decisione concreta che riguarda vicende puntuali, che lo caratterizzano perimetrandone consistenza e confini<sup>58</sup>. L'applicabilità di un precedente, quindi, necessita sempre del

l'altro perché l'enunciazione del principio di diritto in tale sede può adesso anche prescindere dalla decisione della lite [eventualmente devoluta alla sezione rimettente], e comunque, più in generale, dovendosi constatare la rilevanza del precedente come fatto piuttosto che come atto giuridico su di che cfr. *infra* nel testo), il suo uso dovrebbe comunque potere beneficiare delle utilità, determinanti soprattutto nei termini della distinzione (tra fattispecie diverse), che seguono alla perimetrazione della fattispecie decisa a partire dalla domanda che deriva dal ricorso introduttivo. Da qui, quindi, la necessità di procedere, (anche) a beneficio dello sviluppo di una teoria del precedente (giudiziario), alla (più precisa) identificazione degli elementi costitutivi della domanda nel processo amministrativo, cfr. M. RAMAJOLI, *L'atto introduttivo del giudizio amministrativo tra forma e contenuto*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 1051 ss., anche per come (eventualmente) precisata nell'ambito del giudizio, su di che cfr. V. BERLINGÒ, *Fatto e giudizio: parità delle parti e obbligo di chiarificazione nel processo amministrativo*, Napoli, 2020, p. 11 ss., p. 258 ss.

<sup>53</sup> Con riferimento specifico al processo amministrativo si veda A. LOLLI, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo: stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, Milano, 2002.

<sup>54</sup> N. IRTI, *Sulla relazione logica di conformità (precedente e susseguente)*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1539 ss.

<sup>55</sup> Rimane (ancora) possibile utilizzare, sia pure con gli adattamenti (teorici) del caso, gli esiti di dottrine non più recenti, che guardano alla pronuncia del giudice (non solo come atto di volontà giudiziale ma) come evento della realtà cui l'ordinamento giuridico attribuisce effetti concreti, cfr. E. ENRIQUES, *La sentenza come fatto giuridico*, Padova, 1937.

<sup>56</sup> L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile*, Torino, 2018, p. 230 ss., p. 261 ss.

<sup>57</sup> C. CONSOLO, *Il valore del precedente fra interpretazione giuridica e scandaglio del fatto del caso concreto*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 25 ss., p. 30 ss.

<sup>58</sup> Cfr. ancora C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, dove appunto si argomenta che la creazione o quanto meno la ristrutturazione giurisprudenziale del diritto ha la sua legittimazione particolare proprio nel caso, *ivi*, p. 32.

confronto con i fatti che si assumono rilevanti, e si evidenzia una sorta di potenziale inversione, che tende a ricostruire il generale dal particolare<sup>59</sup>.

Per ciò, è la fattualità che identifica gli elementi comuni di assimilabilità che giustificano il richiamo a un certo precedente, ovvero quelli di distinzione che ne escludono l'applicabilità<sup>60</sup>. E tanto più questa ricostruzione sarà precisa, tanto meno ci si consegnerà alle incertezze del particolarismo, ad un uso della giurisprudenza che manca di riferimenti affidabili<sup>61</sup>. Trattasi peraltro di un'operazione "pratica" per la quale non occorre, e che anzi non deve, abbandonare la prospettiva teorica che potrà caso mai trovare arricchimento ed affinamento mediante l'inserimento del contributo casistico<sup>62</sup>. Un compito, questo, rispetto al quale, forse oggi più di ieri, risulta fondamentale il ruolo della dottrina, chiamata ad esprimersi sul dato giurisprudenziale non solo per recepirne gli esiti, ma soprattutto al fine di verificarne, anche in chiave critica, gli elementi di continuità e quelli di discontinuità, pure rispetto ai parametri teorici di riferimento ad un dato momento disponibili<sup>63</sup>.

3. Il ragionamento intorno alla (cor)relazione esistente tra giurisprudenza e diritto amministrativo è stato sino a questo momento svolto concentrandosi principalmente, se non esclusivamente, intorno agli esiti dell'attività processuale, senza che si abbia il riscontro di analisi tese ad ampliarne le prospettive, in particolare interessandone il (mutato) contesto all'interno del quale gli stessi si (ri)producono<sup>64</sup>. Procedere in tale direzione sembra invece non solo opportuno, ma forse anche necessario, non esclusivamente perché ciò consente di meglio riflettere intorno alle dinamiche concrete che possono determinare, o comunque condizionare, il prodotto delle singole vicende giudiziarie, ma soprattutto perché se ne restituisce una visione d'insieme, maggiormente utile nel momento in cui ci si intende focalizzare sulla complessiva rilevanza che la giurisprudenza continua ad avere per il diritto amministrativo.

<sup>59</sup> G. GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per l'interpretazione delle sentenze*, in *Foro it.*, 1964, V, c. 73 ss.

<sup>60</sup> Cfr. nuovamente L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile*, cit., p. 243 ss.

<sup>61</sup> V. DOMENICHELLI, *Il ruolo normativo del giudice nella formazione e nello sviluppo del diritto amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2016, p. 375 ss., anche per la discussione della tensione derivante dall'adeguamento del diritto positivo ai casi concreti proprio alla giurisprudenza e per la incertezza a questo processo (potenzialmente) riconducibile, dato il determinarsi di risposte non necessariamente uniformi e potenzialmente confliggenti.

<sup>62</sup> A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 691 ss., p. 696 ss., anche per i rapporti tra giurisdizione interna ed europea.

<sup>63</sup> A. TRAVI, *op. ult. cit.*, p. 699 ss.

<sup>64</sup> Per questa diversa considerazione mi sia ancora permesso il rinvio a G.F. LICATA, *Trasformazioni della giustizia amministrativa*, cit., *passim*.

La prospettiva esposta ha come suo presupposto la disarticolazione della nozione di giustizia amministrativa, eliminando la sua (obbligata) sovrapposizione concettuale con la giurisdizione,<sup>65</sup> per invece ricomprendere all'interno della stessa un qualcosa di diverso e di più ampio dalla mera tutela giurisdizionale dei diritti, in particolare in quanto inclusiva di tutta una serie di momenti organizzativi e di attività, o eventualmente anche di singoli atti, che pur essendo alla fenomenologia del processo esterni possono tuttavia concretamente condizionarla, intaccandone la consistenza, la qualità e l'effettività<sup>66</sup>. Viene così emergendo, appunto *oltre* il processo, una autonoma rilevanza giuridica dell'amministrazione della giustizia amministrativa, la quale accomuna elementi caratterizzati da una collocazione "esterna" all'esercizio della giurisdizione (propriamente detta), ponendosi piuttosto in un senso a questa servente, negli specifici termini del rapporto di strumentalità o di complemento<sup>67</sup>. Ponendo considerazione alla dimensione funzionale che l'articolo 101, comma primo, della Costituzione introduce, il quale recepisce la tutela giurisdizionale "singola" (altrove affermata) all'interno di una giustizia amministrata in nome del popolo, ci si potrà forse rendere adeguato conto del supporto che tale proiezione teorica da tempo riscontra<sup>68</sup>. Ma sono le novità più recenti a fare emergere la necessità di una rinnovata riflessione, che inducono ad osservare, valutare e studiare con modalità (almeno parzialmente) diverse la formazione giurisprudenziale del diritto amministrativo.

Un punto di partenza utile può essere rappresentato dalle decisioni dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Tali pronunce, in realtà, pre-

<sup>65</sup> G.F. LICATA, *op. ult. cit.*, p. 17 ss.

<sup>66</sup> G.F. LICATA, *op. ult. cit.*, p. 169 ss., p. 170.

<sup>67</sup> G.F. LICATA, *op. ult. cit.*, pp. 171-172. In questa prospettiva, la logica del servizio rileverebbe non quale attributo dell'esercizio della giurisdizione, ma invece come caratteristica di una più ampia concezione della giustizia (amministrativa), *ivi*, p. 173 ss. La dottrina, peraltro, pur con sfumature diverse, aveva (già) considerato di potere riferire la nozione di servizio pubblico alla giustizia amministrativa nell'ambito della sua componente (più propriamente) giurisdizionale, cfr. M. CLARICH, *Stato di diritto ed efficienza della giustizia amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, p. 415 ss., p. 437; G.D. COMPORTI, *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in *Id.* (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze University Press, Firenze, 2016, p. 7 ss., p. 15; S. LICCIARDELLO, *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 797 ss., p. 809 ss. In senso contrario, invece, l'opinione (più sfumata) di C.E. GALLO, *Servizio e funzione nella giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, pp. 73 ss., 77 ss. e quella (decisamente più netta in senso negativo) di R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «cavalieri» dell'apocalisse*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 106 ss., p. 109, ma si veda anche *Id.*, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 369 ss., p. 371 ss.

<sup>68</sup> M. ESPOSITO, *Iurisdiction in genere sumpta: il rapporto tra legge e giurisdizione nella prospettiva della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 812 ss., p. 822.

suppongono la pendenza di una controversia tra parti, e dunque, salvo limitate eccezioni, la perduranza di un processo. Tuttavia, sebbene la posizione istituzionale della plenaria abbia da sempre fatto considerare quest'organo giurisdizionale come espressione della più alta espressione nomofilattica<sup>69</sup>, il suo distacco dalle (mere) vicende processuali è oggi più evidente rispetto al passato<sup>70</sup>. Si tratta, infatti, sempre di un collegio a cui le parti del processo non hanno immediato accesso, ma al quale invece si giunge per autonoma scelta delle sezioni semplici del Consiglio di Stato o del Presidente di questo consesso, e però sono adesso le modalità di formazione delle decisioni e i loro effetti a fare assumere una maggiore proiezione esterna alle sue pronunce<sup>71</sup>. Non solo, infatti, l'adunanza plenaria può ora limitarsi alla enunciazione del principio di diritto, restituendo per il resto gli atti alla sezione rimettente, ma soprattutto si introduce un "vincolo" relativo al principio di diritto enunciato, a cui ogni altro giudice di appello dovrà necessariamente uniformarsi in assenza di un ulteriore e diverso pronunciamento della plenaria medesima, alla quale per ciò va nuovamente rinviata la controversia<sup>72</sup>. Così, se una decisione della plenaria che enuncia un principio di diritto assume (necessaria) efficacia in altri processi, ne è più evidente la funzione pubblica di creazione di certezza, rilevante non solo tra parti, ma per l'intero insieme della giurisdizione amministrativa. Come espressione (non di produzione di norme ma) di *normatività*, tali precedenti vanno considerati non già solo come atti, ma anche come fatti giuridicamente rilevanti in altri giudizi, che costituiscono il presupposto logico per l'applicabilità di norme a fattispecie concrete (successive)<sup>73</sup>.

L'accostamento a una funzione pubblica (per forza di cose) diversa dalla singola decisione su una lite conduce quindi a considerarne con modalità diverse e più articolate i relativi meccanismi di formazione, accostabili alla logica procedimentale non (già solo) come sequenza di atti in cui si può pure (logicamente) scomporre il processo, ma quali singoli momenti che esprimono una funzione di produzione di certezza giuridica dotati di autonoma

<sup>69</sup> U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1932, p. 157.

<sup>70</sup> Con diversità di impostazioni, cfr. S. SPUNTARELLI, *Tecniche di interpretazione dell'Adunanza plenaria e valore del precedente*, Napoli, 2019; G. PESCE, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente* Napoli, 2012; S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica*, Padova, 2011.

<sup>71</sup> E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1237 ss.

<sup>72</sup> Per le caratteristiche di tale vincolo, se si vuole, si veda ancora G.F. LICATA, *In tema di rilevanza del principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria*, cit., *passim*.

<sup>73</sup> Su tale proiezione pubblica del giudizio che si svolge innanzi alla plenaria, precisamente nei termini della produzione di certezza giuridica, mi permetto ancora il richiamo a G.F. LICATA, *Trasformazioni della giustizia amministrativa*, cit., in particolare p. 93 ss.

rilevanza, e che in tale più ampia proiezione funzionale vanno considerati<sup>74</sup>. Da qui, allora, l'emergere di questioni diverse da quelle che si pongono in un processo, come la scelta sul quando attivare i meccanismi di formazione dei precedenti della plenaria, o il tempo e le condizioni nell'ambito dei quali l'enunciazione di un principio di diritto dovrà (o meno) essere resa<sup>75</sup>. Ma anche di correlate problematiche relative ai meccanismi di funzionamento dell'organo, che vanno sempre considerate, per l'inscindibile nesso esistente tra organizzazione e funzione, proprio alla creazione di certezza che alle decisioni della plenaria si riferiscono. Tra queste, ad esempio, la gestione del ruolo della plenaria con modalità diverse da quelle dei giudizi comuni, diminuendo le sessioni di udienza e dilatando il ruolo al fine di favorire il dibattito sulle questioni oggetto di decisione, o la composizione dei collegi con modalità maggiormente stabili, in modo tale da razionalizzarne nel tempo gli esiti decisionali<sup>76</sup>.

Ma si ha anche il riscontro di problematiche inerenti alla (struttura della) motivazione delle decisioni, che non può essere uniformata a quella delle pronunce che semplicemente definiscono una lite tra parti, e che può invece pensarsi più ampia, perché l'enumerazione e l'analisi delle questioni che (ancorché in modo solo correlato) si pongono può essere utile per la decisione dei casi successivi, favorendo l'acquisizione degli elementi di assimilabilità, e quindi di applicabilità del precedente (già) reso, ovvero di quelli di distinzione, che diversamente la escludono<sup>77</sup>. Correlativamente, occorre

<sup>74</sup> La (autonoma) rilevanza funzionale di singoli atti (rimessione, restituzione, enunciazione del principio di diritto) pur all'interno di una più ampia fattispecie che alla decisione della plenaria conduce può essere acquisita accostandosi a quella dottrina che ha verificato le utilità, teoriche come pratiche, derivanti dall'uso di una nozione unitaria di procedimento complessivamente rilevante per il diritto pubblico, cfr. S. GALEOTTI, *Osservazioni sul concetto di procedimento giuridico*, in *JMS*, 1955, p. 502 ss., p. 520 ss.

<sup>75</sup> Quella inerente al tempo (ottimale) relativo al compimento di un atto giuridico, specie se a valenza o rilevanza normativa, è una problematica non diffusamente analizzata, ma che merita invece tutta la dovuta attenzione, perché (con riferimento alla vicenda qui oggetto di analisi) provvedere (o non provvedere) alla enunciazione di un principio di diritto a un dato momento può concretamente determinare le (migliori) condizioni per farlo, accrescendone così la componente qualitativa. Per l'impostazione dei problemi al riguardo può comunque essere utile avere presente J.E. GERSEN, E. POSNER, *Timing Rules and Legal Institutions*, in *Harvard Law Review*, 2007, p. 543 ss., dove pure per ulteriori riferimenti.

<sup>76</sup> Esiti razionali e stabili dipendono anche dalle modalità strutturali del contesto decisionale, a partire dalla stabilità dell'organo che li rende e dalla possibilità che lo stesso ha di acquisire un ventaglio quanto più ampio di alternative, possibilmente meditate nell'ambito di una cadenza temporale diversa da quella propria alla comune logica processuale. Si tratta di problematiche che, per quanto consta, non risultano però essere state oggetto di riflessione, di modo che non si può che ancora rinviare a G.F. LICATA, *Trasformazioni della giustizia amministrativa*, cit., pp. 115 ss., 127 ss.

<sup>77</sup> Nel dibattito che ha interessato, e che in effetti interessa, la dottrina processualciviltistica in tema di motivazione della sentenza, si è segnalato come la stessa costituisce sem-

anche interrogarsi sul come (diversamente) procedere alla comunicazione istituzionale di tali decisioni. Le pronunce della plenaria costituiscono un punto di riferimento per chiunque si trovi nella condizione di confrontarsi con le vicende giuridiche in quella sede analizzate, e non già solo per chi opera in ambito giuridico. Divulgarne i contenuti con modalità intuitivamente connesse ai fatti del giudizio può dunque consolidarne la proiezione normativa, contribuendo al rafforzamento dell'effettività della dimensione giuridica<sup>78</sup>.

Proprio la divulgazione istituzionale della giurisprudenza costituisce in termini generali uno dei profili che rende evidente la divaricazione possibile tra giurisdizione e giustizia amministrativa, ed è istruttiva sui più recenti sviluppi inerenti alla formazione del diritto amministrativo.

Nel passato, il patrimonio conoscitivo derivante dal dato giurisprudenziale veniva per lo più veicolato dalle riviste giuridiche, e quindi in forma cartacea<sup>79</sup>. All'interno di tale dimensione "comunicativa", inoltre, non tutte le pronunce giurisprudenziali risultavano disponibili, e anche quelle che lo erano solo occasionalmente venivano riprodotte per intero. Principalmente, pertanto, la diffusione della giurisprudenza era affidata alla sintesi che derivava dalla redazione delle massime, le quali peraltro tendenzialmente riproducevano una rappresentazione astratta della fattispecie, espressione di principi di diritto solo occasionalmente riferiti ai fatti di causa. Tale stato di cose portava con sé problematiche non indifferenti, che per quanto concerne la giustizia civile, avevano condotto la dottrina più autorevole a interrogarsi sulle conseguenze negative che ne derivavano per l'esperienza giuridica<sup>80</sup>, anche per il (non occasionale) disallineamento tra il *decisum*

pre una garanzia fondamentale dell'amministrazione della giustizia (V. COLESANTI, *Note in tema di crisi e «rinascenza» della motivazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1399 ss., p. 1401), e si è anche evidenziato il progressivo prospettarsi di una motivazione che può essere differenziata con riferimento alla tipologia della pronuncia che deve essere resa (C. RASIA, *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, p. 179 ss.). Per la tesi che si prova qui a ricostruire, in realtà, la differenziazione della motivazione delle decisioni dell'adunanza plenaria dipende non da ragioni (strettamente) processuali, quanto piuttosto dalla necessità di fornire dei punti di riferimento affidabili per la coerente applicazione del principio di diritto enunciato dalla stessa plenaria nei casi successivamente decisi (anche, se non soprattutto, da altri plessi giurisdizionali), dal che una deriva una esigenza di strutturare in modo maggiormente consistente la motivazione, esigenza che (più) direttamente si correla alla funzione di certezza pubblica propria all'attività dell'Adunanza plenaria.

<sup>78</sup> Anche ai fini del rafforzamento dell'effettività del diritto e della democraticità dell'ordinamento, cfr. B. SULLIVAN, R. FELDBRIN, *The Supreme Court and the People: Communicating Decisions to the Public*, in *Journal of Constitutional Law*, 2022, p. 1 ss.

<sup>79</sup> Con riferimento specifico alle vicende del diritto pubblico, ed in particolare sul rapporto tra la progettualità culturale delle riviste e le (connesse) modalità di divulgazione della giurisprudenza, cfr. S. CASSESE, in AA.VV., *La "cultura" delle riviste giuridiche italiane*, Milano, 1984, p. 43 ss.

<sup>80</sup> Critiche molto accese soprattutto con riferimento alla fenomenologia delle c.d. mas-

proprio al dato giurisprudenziale e quello comunicato per il tramite della massimazione<sup>81</sup>.

L'attuale pienezza dell'accesso alla giurisprudenza, per la giustizia amministrativa da tempo reperibile nella sua interezza attraverso il sito istituzionale, muta l'articolarsi della prospettiva dalla quale affrontare la problematica, ma non ne elide la sostanza. Anzi, può osservarsi come si manifesti con maggiore intensità rispetto al passato la questione del rapporto che intercorre tra la produzione giurisprudenziale, la sua comunicazione (istituzionale) e l'effettività dell'esperienza giuridica (anche) per come essa si stabilizza all'interno di tale dimensione comunicativa. Pur innanzi alla totale (e libera) acquisizione del dato giurisprudenziale, infatti, resta il fatto che la "semplificazione" comunicativa della sua veicolazione introduce determinati parametri di intelligibilità, la cui rilevanza risulta peraltro amplificata dall'uso degli strumenti digitali, idoneo a raggiungere una platea non limitata a quella degli operatori del diritto<sup>82</sup>. Da qui, allora, la necessità di "governare" tali mezzi, di sottoporli a "regole" note, di enucleare modalità comunicative effettivamente utili ad esplicitare la consistenza della produzione giurisprudenziale. Si arricchisce quindi la dimensione dell'effettività dell'esperienza giuridica, promuovendo istituzionalmente la "creazione" di un quadro comunicativo che si propone come "contesto" entro il quale si produce la percezione dell'esperienza giuridica, e che contribuisce a disegnare l'ambito di riferimento entro il quale si pone la (successiva) applicazione del diritto, a partire dall'interpretazione dei precedenti (rilevanti)<sup>83</sup>.

Più concretamente, dirigendosi nei confronti del riferimento pratico al dato giurisprudenziale, ed all'applicazione dei precedenti in particolare, ci si avvede di come tale elemento non transiti (più) isolatamente all'interno del processo, ma può risultare filtrato da strutture (amministrative) che adesso supportano il lavoro giudiziario. Una di queste è l'Ufficio del processo, chiamato a svolgere compiti che, pure per la rilevanza di specifiche norme processuali da recente introdotte, sembrano talvolta travalicare l'ausilio che caratterizza il lavoro preparatorio, per introdurre momenti valutativi propensi (in un qualche modo) a sganciare la decisione dalla dinamica del processo.

sime consolidate, cfr. F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, p. 41 ss. E. REDENTI, *I nostri tesmoteti, ovvero le massime consolidate della Corte Suprema*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 120 ss.; E. FAVARA, *Massime consolidate o cristallizzate?*, in *Giur. it.*, 1949, IV, p. 138 ss.; V. ANDRIOLI, *Massime consolidate della Corte di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, I, p. 249 ss.

<sup>81</sup> Cfr. R. SACCO, *La massima mentitoria*, in G. VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, 1988, p. 51 ss.

<sup>82</sup> Cfr., se si vuole, G.F. LICATA, *Trasformazioni della giustizia amministrativa*, cit., p. 133 ss., p. 162 ss.

<sup>83</sup> A. MARMOR, *The Pragmatics of Legal Language*, in *Ratio juris*, 2008, p. 423 ss.

Per la giustizia amministrativa, in realtà, sembrano mancare riflessioni adeguate su tali pur importanti aspetti<sup>84</sup>. La processualciviltistica, invece, se ne è più diffusamente occupata, e quella più recente, ha evidenziato il (potenziale) contrasto tra i valori dell'efficienza che tali attività si trovano ad esprimere con la qualità, e financo con la stessa legittimità, delle decisioni giurisdizionali<sup>85</sup>. Se lo sviluppo delle attività di supporto al lavoro giudiziario appare difficilmente eludibile, occorre quindi impegnarsi in una coerente amministrazione delle stesse, e precisamente di una che sia in grado di restituire qualità e trasparenza dei processi decisionali, sia singolarmente che complessivamente considerati<sup>86</sup>.

Si dovrà in ogni caso prendere atto che la giurisprudenza e i suoi precedenti rilevano giuridicamente anche in una dimensione esterna al processo, con tutte le necessarie conseguenze, anche di metodo, che ne derivano nei termini della catalogazione, interpretazione e utilizzazione del dato giurisprudenziale<sup>87</sup>.

La questione si trova amplificata con il possibile uso dell'intelligenza artificiale nell'ambito della giustizia (amministrativa), che pone problemi più seri, senz'altro anche di rilevanza costituzionale, rispetto all'autonomia del giudice ed alla struttura di garanzie che la giurisdizione deve comunque mantenere<sup>88</sup>. Peraltro, anche immaginandone un uso più limitato, diretto alla sola estrazione dei precedenti rilevanti, bisogna sempre considerare che tale attività non solo rimane per sé non priva di complicazioni, ma non è probabilmente nemmeno neutra, presupponendo sempre l'identificazione dei precedenti una determinata impostazione fattuale della controversia, e nella logica del precedente, per come esposto, non è quasi mai agevole se-

<sup>84</sup> Per delle prime considerazioni sul tema, tuttavia, mia sia ancora consentito rinviare a G.F. LICATA, *Trasformazioni della giustizia amministrativa*, cit., p. 30 ss.

<sup>85</sup> Cfr. da ultimo R. MARTINO, *L'ufficio per il processo ai tempi del PNRR: una panacea per la giustizia civile?*, in *Il Processo*, 2025, p. 1 ss., in particolare p. 21 ss. per l'articolazione delle connesse criticità, ed *ivi* per riferimenti ulteriori.

<sup>86</sup> Si può quindi argomentare che, in buona sostanza, le criticità (anche) di questo istituto devono potersi superare sganciandosi dalla mera logica processuale, per introdurre più saldi elementi (teorici) di collegamento tra la (funzione di) amministrazione della giustizia e la giurisdizione propriamente detta. La lettura straniera offre riflessioni più datate in argomento, e quindi basi più solide per lo sviluppo dei ragionamenti consequenziali, cfr. di recente M.K. LEVY, *Defining the Field of Judicial Administration*, in *Yale Journal of Law & the Humanities*, 2025, p. 151 ss., pure per indicazioni bibliografiche ulteriori.

<sup>87</sup> Nella letteratura straniera, analisi recenti ed approfondite hanno evidenziato come l'utilizzazione dell'insieme dei dati giudiziari, quindi non solo quelli giurisprudenziali e non esclusivamente quelli pubblici, possa risultare significativamente utile al fine di migliorare la *performance* complessiva dell'attività delle corti, cfr. Z.D. CLOPTON, A.Z. HUO, *The Necessary and Proper Stewardship of Judicial Data*, in *Stanford Law Review*, 2024, p. 893 ss., p. 947 ss.

<sup>88</sup> Per l'impostazione dei problemi vedi gli scritti presenti in M. RAMAJOLI (a cura di), *Una giustizia amministrativa digitale*, Bologna, 2023.

parare nitidamente la rilevanza della fattualità dal momento di valutazione giuridica vera e propria<sup>89</sup>.

Nel complesso, le vicende del diritto giurisprudenziale sembrano complicarsi, ed obbligano ad accostarsi a una concezione rinnovata della giustizia amministrativa, più ampia e probabilmente almeno in parte diversa da quella con la quale ci si è fin qui confrontati. Ma, proprio per la rilevanza che i suoi prodotti assumono per l'intera esperienza del diritto amministrativo, si tratta di un confronto, che impone uno sforzo forse culturale prima ancora che scientifico<sup>90</sup>, al quale non risulta possibile sottrarsi.

<sup>89</sup> H. MENTZINGEN, N. ANTONIO, F. BACAO, *Automation of Legal Precedents Retrieval: Findings from a Literature Review*, in *International Journal of Intelligent Systems*, 2023, 1 ss.

<sup>90</sup> Anche nella rinnovata prospettiva che si è provato a tracciare, da porsi in essere sempre nel solco della democraticità, che deve sempre essere accompagnare l'esercizio di tutte le funzioni dello Stato, come ho imparato da I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, in *Dir. soc.*, 2010, p. 239 ss., p. 262 ss.



NICOLA DURANTE

## I principî del diritto amministrativo nella giurisprudenza

I principî del diritto sono valori di fondo dell'ordinamento che condizionano a cascata non solo l'operatore del diritto, ma anche il legislatore, specie quando trattasi di principî costituzionali.

Si connotano come precetti generici, la cui realizzazione nel concreto avviene tramite disposizioni di rango inferiore o nella prassi applicativa: pertanto, destinatari privilegiati sono i produttori di norme e gli interpreti.

Nel lessico comune si parla, con equivalenza semantica, di principî “generali del diritto” o “dell'ordinamento giuridico”, di principî “fondamentali”, di principî “direttivi”, di principî “informativi” o “regolatori” e così via.

I principî del diritto assolvono fondamentalmente a quattro funzioni<sup>1</sup>: interpretativa (ausiliano nell'interpretazione delle disposizioni che contengono regole), integrativa (integrano la normazione nei casi in cui, ai sensi dell'art. 12 delle preleggi del c.c., le liti non siano risolvibili con il ricorso all'analogia), direttiva (impongono certi significati come norme sovraordinate alle altre norme) e limitativa (escludono attribuzioni di significati a norme sotto-ordinate perché non espressive di principio).

È stato notato come, a ben vedere ed anche nell'ottica di un giuspositivismo temperato, tutte le predette funzioni ineriscono l'atto interpretativo e ne definiscono il carattere creativo<sup>2</sup>.

Ciò si colloca nella scia dell'opinione tradizionale, secondo cui il reperimento dei principî generali rappresenta l'*in se* dell'opera di costruzione del diritto vivente, che è liberamente effettuata dalla dottrina e dalla giurisprudenza<sup>3</sup>. Se la produzione delle norme spetta al legislatore, l'individuazione dei principî spetta all'interprete, perché attraverso lo *ius non scriptum* si attribuisce completezza all'ordinamento giuridico e pienezza di tutela ad interessi che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nel testo normativo scritto<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 2009.

<sup>2</sup> G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, Sito della Giustizia amministrativa, Dottrina, 2023.

<sup>3</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, 1984; G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, vol. I, Bologna, 1937.

<sup>4</sup> R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 2023.

Non a caso, l'attività nomofilattica delle magistrature superiori si realizza proprio nell'enunciazione di "principî di diritto": così, l'art. 374, comma 4, c.p.c., l'art. 99, comma 4, c.p.a., e l'art. 117 c.g.c., rispettivamente per quanto riguarda le Sezioni unite della Corte di Cassazione, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e le Sezioni riunite in sede giurisdizionale della Corte dei conti.

Altra tesi riserva al legislatore l'identificazione quanto meno dei c.d. principî programmatici, ossia di quelli che contengono regole di azione vincolanti<sup>5</sup>.

I principî di matrice giurisprudenziale possono, a loro volta, distinguersi in: principî dettati dalla Corte costituzionale, aventi funzione ordinante; principî dettati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, aventi funzione armonizzante; principî dettati dalle magistrature superiori, aventi funzione nomofilattica<sup>6</sup>.

I principî della Corte costituzionale, siccome espressivi della carta fondamentale e dunque fondativi dell'intero ordinamento, costituiscono un parametro imperativo per il legislatore e per il giudice, che ad essi si devono necessariamente uniformare<sup>7</sup>.

E lo stesso dicasi per i principî della Corte di giustizia, i quali servono a garantire che il diritto pattizio europeo venga interpretato ed applicato uniformemente in ogni paese membro; poiché dette decisioni sono equiparate a fonti del diritto unionale, ciò vale anche per i principî che esse recano<sup>8</sup>.

A noi interessa, invece, l'azione nomofilattica delle magistrature superiori, che assicura la conformità delle decisioni impugnate alle norme ed ai principî generali dell'ordinamento da esse stesse esplicitati<sup>9</sup>. In tal modo, il controllo sui principî, pur non formando un precedente vincolante, acquista di fatto una forza espansiva sull'operato degli altri giudici.

Nell'individuare i principî del diritto amministrativo, il giudice amministrativo vanta una tradizione molto più profonda e radicata rispetto agli altri giudici.

Questo per due ordini di ragioni: una sostanziale ed una processuale.

Quella sostanziale riguarda il fatto che la discrezionalità amministrativa trova intrinseca disciplina non soltanto in norme specifiche, ma anche in principî generali, primi tra tutti l'imparzialità e la buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost.<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Milano, 1990.

<sup>6</sup> G. ALPA, *I principî generali*, Milano, 2023.

<sup>7</sup> R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i 'Controlimiti' 2.0, Federalismi*, 2016.

<sup>8</sup> P. MENGOZZI, *La Corte di giustizia dell'Unione e il diritto nazionale degli Stati membri*, Torino, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2016, p. 167 ss.

<sup>9</sup> M. TARUFFO, *Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 35 ss.

<sup>10</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939.

Sotto l'aspetto processuale, va poi notato che, a partire dall'istituzione della IV<sup>a</sup> Sezione del Consiglio di Stato, il sindacato sull'eccesso di potere, quale vizio tipico del provvedimento, ha "legittimato" il giudice a ricercare tutta una serie di figure sintomatiche, fondate sull'applicazione di norme non scritte o di principî generali.

Si è quindi sviluppata una giurisprudenza diffusa, di primo grado e di appello, volta ad accertare se vi sia stato un "cattivo uso" della discrezionalità amministrativa, configurabile, insieme, come forma di controllo dell'attività di diritto pubblico e come strumento di tutela degli interessi coinvolti.

Volendo sintetizzare, mentre la violazione della legge si traduce nella trasgressione di una norma puntuale di condotta, l'eccesso di potere si traduce nella trasgressione di un precetto generico che, sul piano giudiziario, si dimostra col ricorso alle figure sintomatiche del vizio stesso.

Dette figure, lungi dall'essere tassative, costituiscono un catalogo aperto, la cui implementazione è demandata al libero apprezzamento del giudice, che le individua seguendo l'evoluzione dell'ordinamento giuridico e della società<sup>11</sup>.

Così facendo, la giurisprudenza ha finito per plasmare sempre nuovi principî, dando uno sviluppo ermeneutico coerente ed organico alle innumerevoli clausole generali presenti nel sistema<sup>12</sup>, dalle quali poter ricavare "i principî che dottrina e giurisprudenza hanno elevato a dignità di sistema"<sup>13</sup>.

Tanto è avvenuto, inizialmente, con l'individuazione delle figure sintomatiche, tra cui spiccano il travisamento dei fatti, la contraddittorietà del provvedimento o tra provvedimenti, la disparità di trattamento, il difetto di istruttoria, l'illogicità, l'insufficienza o la perplessità motivazionale, l'irragionevolezza, l'ingiustizia manifesta, il contrasto immotivato con una direttiva o con la prassi.

Tali figure sono divenute altrettanti indici di illegittimità dell'atto oggetto di sindacato, in applicazione dei canoni generali di buon andamento e di effettività della tutela giurisdizionale, secondo cui non è concepibile un potere discrezionale illimitato, di modo che, se il diritto positivo tace, i limiti sono stabiliti dall'interprete<sup>14</sup>.

In una seconda fase poi, con un processo ascensionale, si è risaliti dai vizi ai principî. Il giudice amministrativo si è affrancato dalla mediazione

<sup>11</sup> E. CARDI e S. COGNETTI, *Eccesso di potere, Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1990, p. 341 ss.

<sup>12</sup> A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema, Dir. amm.*, 2002, p. 11 ss.

<sup>13</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 28 gennaio 1961, n. 3.

<sup>14</sup> A. ANGELETTI, *L'eccesso di potere e la violazione delle clausole generali, Giur. it.*, 2012, p. 1223 ss.

delle figure sintomatiche ed ha preso in esame direttamente la conformità del provvedimento censurato al principio di diritto.

Si può ben dire che, partendo dall'enucleazione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, il giudice amministrativo ha contribuito in modo determinante a definire i principî del diritto amministrativo che, da una enucleazione teorica di matrice dottrinale si sono tradotti in definizioni cogenti di matrice giurisprudenziale, fissando così uno dei caratteri di fondo del sistema nazionale di diritto amministrativo, in seguito non più modificato<sup>15</sup>.

In quest'azione ricostruttiva, anche i diritti fondamentali sono assurti al rango di principî generali, sotto forma di valori della persona che limitano e conformano l'azione pubblica.

Si sono quindi affermati i convincimenti, da un lato, della primazia dei diritti rispetto al potere<sup>16</sup> e, dall'altro, della circolazione dei principî, dall'apparato concettuale e dalle tecniche di ragionamento del giudice interno a quello del giudice dell'Unione europea<sup>17</sup>: si pensi al recepimento, avvenuto anzitutto per via giurisdizionale, dei principî europei di proporzionalità, contraddittorio, sussidiarietà, precauzione e non discriminazione.

Dunque, alla fine di questo percorso, l'interpretazione sistematica delle norme ha materializzato i principî, quali «valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, che hanno una memoria del tutto che le singole e specifiche disposizioni non possono avere e ai quali esse sono riconducibili; sono inoltre caratterizzati da una eccedenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica (“nomogenetica”) rispetto alle singole norme”»<sup>18</sup>.

Tra i principî del diritto amministrativo, i più noti sono certamente quelli di legalità, imparzialità, buon andamento, ragionevolezza, proporzionalità, partecipazione, motivazione del provvedimento, pubblicità dei documenti amministrativi, non aggravamento del procedimento, economicità, efficienza ed efficacia del provvedimento, risultato dell'azione amministrativa, buona fede e correttezza, libera concorrenza, trasparenza.

L'impostazione “creativa” o “creazionista” della funzione giudiziaria nasce ovviamente molto prima che la giurisprudenza amministrativa ne abbia fatto uso.

<sup>15</sup> C. CONTESSA, *I principî regolatori dell'azione amministrativa fra diritto nazionale ed eurounitario*, Sito della Giustizia amministrativa, Dottrina, 2020.

<sup>16</sup> G. SILVESTRI, *Dal potere ai principî. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Bari, 2009.

<sup>17</sup> G. ALPA, *op. cit.*

<sup>18</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13,

Essa affonda le radici nella teoria secondo cui legislazione e giurisdizione si distinguono solo per la quantità e non per la qualità del potere esercitato, posto che la scelta che il giudice fa, tra le plurime interpretazioni tutte equivalenti tra loro, costituisce un vero e proprio atto «di politica del diritto»<sup>19</sup>.

In tal modo, il “diritto giudiziario” rappresenta una fonte di produzione normativa alternativa e di fatto sovrordinata a quella ordinaria<sup>20</sup> ed il giudice è legittimato ad incarnare questo ruolo, in quanto «organo della coscienza sociale, grazie al possesso della scienza e della tecnica del diritto»<sup>21</sup>.

Quest’impianto, tuttavia, non è andato esente da critiche.

Sul piano epistemologico, si è sottolineato come l’eccessivo potere interpretativo del giudice conduca ad un basso livello di prevedibilità delle soluzioni giudiziali dei conflitti<sup>22</sup>, dando luogo alla proliferazione delle interpretazioni della legge, tutte legittimamente plausibili, che favorisce la crisi di certezza del diritto moderno<sup>23</sup>.

Sul piano sostanziale, si è affermato come l’abuso dei principî da parte dell’interprete, in particolare del giudice, e comunque l’uso poco sorvegliato degli stessi, leda l’ambito dell’autonomia dei privati e del potere pubblico, apportando limiti che il legislatore non ha previsto e che neppure il testo costituzionale consente di introdurre<sup>24</sup>.

Più radicalmente, si è denunciata la «crescita patologica della discrezionalità giudiziaria, che rischia di sconfinare nell’arbitrio, e una conseguente espansione del potere dei giudici, oltre un certo limite lesiva della sua fonte di legittimazione e dell’equilibrio dei rapporti tra i poteri»<sup>25</sup>, stigmatizzandosi che «il diritto vivente, prodotto dalla giurisprudenza, sembra aver espropriato quello vigente, prodotto dal legislatore»<sup>26</sup>.

Ancora, si è notato come l’equiordinazione ai fini penali della violazione dei precetti non scritti rispetto alla violazione della legge stia all’origine della «sempre maggiore diffusione del fenomeno che si è soliti designare come “burocrazia difensiva” (o “amministrazione difensiva”). I pubblici funzionari si astengono, cioè, dall’assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell’interesse pubblico, preferendo assumerne al-

<sup>19</sup> H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 1934, con trad. it. di R. Treves, Torino, 1967.

<sup>20</sup> F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

<sup>21</sup> P. Grossi, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Bari, 2011.

<sup>22</sup> L. Alexander e K. Kress, *Una critica dei principî del diritto*, Napoli, 2014.

<sup>23</sup> G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un’evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007.

<sup>24</sup> A. Cataudella, *L’uso abusivo dei principî*, *Riv. dir. cost.*, 2014, p. 749 ss.

<sup>25</sup> L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, *Questione Giustizia*, 2016.

<sup>26</sup> F. Saitta, *Interprete senza partito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023.

tre meno impegnative (in quanto appiattite su prassi consolidate e anelastiche), o più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti penali (cosiddetta “paura della firma”)<sup>27</sup>.

Pertanto, è stata sostenuta l'utilità di una legislazione per principî, allo scopo di limitare il rischio derivante dalla figura del giudice-legislatore<sup>28</sup>, che si pone al di sopra delle regole, attingendo sostanze normative dal dialogo diretto con la società e la propria legittimazione a decidere direttamente dal popolo<sup>29</sup>.

Il tutto nella consapevolezza che tale tecnica va utilizzata con prudenza, onde scongiurare il rischio opposto, cioè l'indebita ingerenza del legislatore nelle funzioni proprie della magistratura<sup>30</sup>.

Ciò nondimeno, ed in conclusione, appare evidente a chi scrive come, nel campo del diritto amministrativo, una legislazione per principî non possa realizzare l'aspirazione a raggiungere improbabili certezze sul piano applicativo.

E questo per almeno un triplice ordine di ragioni.

In primo luogo, perché la predeterminazione completa dei principî di un settore è un'opera pressoché impossibile, in quanto la configurazione di essi segue la natura polimorfa e cangiante delle modalità attraverso cui l'attività dei soggetti pubblici si esplica nel concreto.

Si pensi che l'iniziale testo dell'art. 1 della legge n. 240 del 1990 enucleava tre soli principî generali dell'azione amministrativa, mentre oggi, con le novelle del 2005, 2009 e 2012, siamo arrivati ad otto. E lo stesso dicasi per i contratti pubblici, il cui nuovo codice enumera ben undici principî nei suoi primi articoli.

In secondo luogo, perché, anche una volta messo per iscritto, il principio resta pur sempre ed in gran parte un precetto indeterminato, cosicché lo spazio dell'esegesi rimane intatto ed ineliminabile<sup>31</sup> ed anzi alla positivizzazione segue, in realtà, la dilatazione dei confini dell'interprete<sup>32</sup>.

In terzo ed ultimo luogo, perché la legificazione di un principio non fondamentale (privo, cioè, di copertura costituzionale od unionale) ne svilisce il valore, facendo venire meno quella primazia rispetto alle norme ordinarie di legge, che prima era in qualche modo “garantita” dalla ripetuta applicazione giudiziaria.

<sup>27</sup> C. cost., sent. 18 gennaio 2022, n. 8, sul reato di abuso d'ufficio.

<sup>28</sup> L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996.

<sup>29</sup> P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff: creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021.

<sup>30</sup> P. RESCIGNO, *Giudici e legislatore. Intervento al dibattito, Dir. pubbl.*, 2016, p. 494.

<sup>31</sup> C. MARZUOLI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo nella giurisprudenza, Studi in onore di Giorgio Berti*, 2005, p. 1529 ss.

<sup>32</sup> G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993.

Nel diritto amministrativo, questa dequotazione si intuisce plasticamente dalla lettura dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990, dove i medesimi precetti sono indifferentemente qualificati al titolo ed ai commi 1-*ter* e 2-*bis* come "principî generali" ed al comma 1 come semplici "criteri" dell'azione amministrativa<sup>33</sup>.

D'altronde, ai sensi dell'art. 15 delle preleggi del c.c., il principio fattosi legge può essere implicitamente abrogato da una fonte successiva di pari grado, anche non qualificata come principio.

Insomma, la legificazione di un principio, pur se effettuata allo scopo di indicarne la superiorità assiologica, finisce per operare esclusivamente sul piano dell'orientamento ermeneutico, di modo che il principio stesso sarà vincolante per l'interprete nei soli casi di incertezza sulla portata derogatoria della norma incompatibile successiva.

Come infatti affermato dalla Suprema Corte per quanto attiene ai principî dello Statuto del contribuente, a dover essere risolto dall'interprete nel senso più conforme ai principî statutari, è «il dubbio interpretativo o applicativo sul significato e sulla portata di qualsiasi disposizione tributaria, che attenga ad ambiti materiali disciplinati dalla legge n. 212 del 2000»<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> F. FIGORILLI e S. FANTINI, *Le modifiche alla disciplina generale sul procedimento amministrativo*, art. 2, *Urb. app.*, 2009, p. 916 ss.

<sup>34</sup> Cass. civ., 22 settembre 2011 n. 19377.



ANNA ROMEO

## Il modello collegiale di definizione delle controversie amministrative

SOMMARIO: 1. Il giudizio amministrativo tra collegialità e monocraticità. – 2. La decisione collegiale come atto a valenza giuridica unitaria. – 3. Decisione collegiale e intelligenza artificiale. – 4. Il ruolo del giudice ed il sistema organizzativo della giustizia amministrativa.

1. Il metodo di definizione delle controversie amministrative è, come noto, quello collegiale: il principio di collegialità, invero, domina, a tutt'oggi, il processo amministrativo e su di esso ruota, pertanto, la costruzione del modello di tutela giurisdizionale che il Codice del processo amministrativo non ha innovato ma solo razionalizzato al fine di armonizzare le norme esistenti.

Il riferimento è agli artt. 5 e 6 c.p.a. che disciplinano i caratteri organizzativi degli organi giurisdizionali amministrativi e la loro composizione, e che appaiono in realtà ricognitive di precetti già posti negli artt. 100 co. 1, 103 co. 1 e 125 Cost. nonché di quelli contenuti nel TU delle norme sul Consiglio di Stato e nella legge Tar.

La permeabilità del giudice, anche quello amministrativo, alle trasformazioni sociali e culturali, se pure nel tempo ha determinato significativi aggiustamenti rispetto all'assetto organizzativo originario come definito dal r.d. 26 giugno 1924 n. 1054 e, soprattutto dalla l. 27 aprile 1982 n. 186, non ne ha alterato la struttura né, del pari, il relativo corollario costituito dal metodo – collegiale, appunto – di definizione delle controversie.

Orbene, individuare le ipotesi in cui la funzione giurisdizionale debba essere esercitata in forma monocratica o collegiale costituisce, invero, un problema di politica legislativa se consideriamo che, in ambito giudiziario, pur in mancanza di un puntuale riferimento nei precetti costituzionali, al principio della collegialità è riconosciuta una valenza garantistica.

La preferenza per la composizione collegiale dell'organo giudicante trova il suo fondamento nell'intento di consentire che vicende aventi una connotazione pubblicistica (si pensi all'impiego del metodo collegiale nel processo costituzionale, penale, ma anche nello stesso giudizio civile laddove vengono in gioco interessi pubblici, quale, ad esempio, la materia minorile ove la collegialità vale, peraltro, ad assicurare la presenza dell'apporto specialistico di soggetti esperti) siano definite attraverso un confronto tra diverse posizioni.

Si ritiene, cioè, preferibile una valutazione pluripersonale, che, mediante la dialettica propria del collegio, componga le diverse esperienze individuali, depurandole dell'unilateralità ad esse intrinseca e colmando le possibili deficienze tecniche di uno dei membri nel controllo reciproco svolto in sede di enucleazione della decisione, ovvero, ancora, compensando la minore esperienza dei magistrati più giovani.

Peraltro, un organo collegiale risulta meno esposto a possibili pressioni che, inevitabilmente, appaiono più sfumate in presenza di una decisione resa da una pluralità di soggetti protetti dallo schermo dell'anonimato proprio della collegialità.

Ebbene, la scelta del nostro ordinamento per il metodo collegiale di definizione delle controversie, se è stata discussa con riferimento al giudizio civile e, ancor di più, a quello penale (ove si è ritenuto di riconoscere spazio via via più significativo al metodo monocratico), non lo è stata altrettanto con riguardo al giudizio amministrativo, la cui connotazione collegiale è stata indiscussa per lungo tempo, in quanto l'impronta della collegialità è valsa a connotare la giustizia amministrativa come vera e propria giurisdizione, conquista del liberalismo sul potere individuale del Ministro e come metodo idoneo – in quanto capace di assicurare l'autorevolezza e l'indipendenza dei giudici – a dirimere controversie in cui una parte è l'amministrazione nei cui riguardi, all'epoca, difettava un potere esecutivo.

È solo di recente – a partire dall'emanazione del Codice del processo amministrativo o poco prima – che la decisa opzione per la collegialità ha subito un leggero ridimensionamento a motivo dell'accentuazione dei poteri monocratici riconosciuti al Presidente del collegio: si pensi solo ai poteri riservati al Presidente in sede cautelare o al potere di determinare la composizione del Collegio, potere suscettibile di rivelarsi particolarmente importante proprio in sede di deliberazione della sentenza e, dunque, di formazione di una maggioranza orientata verso una data impostazione e soluzione della questione controversa.

Entro questa cornice, dunque, l'apertura verso la monocraticità nel giudizio amministrativo avviene nel solco di un fenomeno che connota la fine del XX secolo e che – come accennato – aveva già preso forma, in modo netto, nell'ambito del rito civile e penale.

Si è, infatti, sviluppato un processo parallelo alle trasformazioni ideologiche e politiche in quanto, proprio in questo periodo, inizia un percorso di personalizzazione dei poteri – specie di quelli politici ma a cui nemmeno quello giudiziario sembra del tutto estraneo (si pensi, d'altronde, che talune importanti sentenze restano individuate col nome del magistrato che si ritiene averne suggerito il contenuto) – e sulla cui base prende corpo un più esteso consenso sulla configurazione monocratica del giudice.

Del resto, all'origine della tendenza verso la monocraticità vi sono anche ragioni di natura psicologica: la parte processuale chiede sempre più

una maggiore concretizzazione della giustizia, ossia una sua più accentuata personalizzazione che è più difficilmente soddisfatta quando si trova davanti ad un collegio giudicante il quale, per la formalità che distingue il suo agire, poco si presta ad un «contraddittorio» diretto che è, invece, favorito davanti ad un organo monocratico nella cui persona si realizza una più autentica «umanizzazione» della giustizia.

Ma, al di là di queste e di altre considerazioni addotte a sostegno del metodo monocratico, le ragioni di preferenza sono fortemente legate alla possibilità di un puntuale riconoscimento della responsabilità morale della decisione e, più in generale, di tutti gli atti giurisdizionali, responsabilità che costituirebbe, in ogni caso, per il giudice singolo uno stimolo all'uso di maggiore attenzione e scrupolosità nel vagliare le questioni.

In realtà, a me non sembra che questo sia un argomento molto forte in quanto, al contrario, il presupposto inevitabile della responsabilità del collegio è la responsabilità personale dei singoli componenti i quali, proprio in considerazione del fatto che eventuali critiche investono ogni membro dell'organo, tendono a svolgere un controllo reciproco che si traduce anche in una condivisione di esperienze, opinioni e suggerimenti. L'essenza – e, dunque, il punto di forza del metodo collegiale – è quello di dar vita ad un contraddittorio decisionale che «si sostanzia nell'apporto dialettico di più magistrati nella valutazione di risultati di prova e nell'applicazione delle norme giuridiche», in cui il provvedimento giurisdizionale costituisce l'esito di una discussione tesa a sviscerare i diversi profili dell'affare trattato (e qui richiamo soltanto le profonde considerazioni di Ludovico Mortara nelle sue Istituzioni di ordinamento giudiziario) e, attraverso l'emersione delle cognizioni e dei convincimenti di ognuno, a rivedere i giudizi individuali talora risultanti da una visione strettamente personale della vicenda per il tramite di una vicendevole verifica delle rispettive idee.

D'altra parte, ove si consideri che, nel contesto della discussione e della determinazione della decisione, trovano spazio anche le perplessità e i dissensi di colui che appare il più «debole», non vi è alcun sacrificio della personalità del giudice.

Non si trascuri, poi, il fatto che il giudizio amministrativo è strutturato, in prevalenza, come giudizio di legittimità. Ne consegue che la riflessione pluripersonale che connota la collegialità, permettendo la comparazione tra diverse tesi e rilievi critici, consente di superare le possibili incertezze interpretative sulla rispondenza dell'attività amministrativa al dettato normativo, come, del pari accade – se si bada bene – allorché viene in rilievo la funzione nomofilattica della Corte di cassazione e, dunque, di un giudizio parimenti di legittimità, cui pure, sotto vari profili, è possibile riferirsi.

Ed allora, se anche la rapidità della decisione sostiene la scelta a favore della monocraticità, è la garanzia di una buona giustizia che prevale nell'opzione per la collegialità che – aspetto da non sottovalutare – risulta

rafforzata in quanto sembra offrire meglio il vantaggio di quell'ulteriore garanzia di indipendenza che costituisce, come noto, requisito indispensabile dell'esercizio della funzione giurisdizionale.

2. Le ragioni della collegialità che ho sinteticamente ricordato mettono in luce una questione centrale di tale metodo di definizione delle controversie, vale a dire il momento formativo della volontà.

Al riguardo, una premessa fondamentale muove dalla considerazione del profilo personale, vale a dire dal fatto che il collegio costituisce un'organizzazione pluripersonale finalizzata all'espletamento di attività aventi rilievo giuridico diverso e governata da una disciplina eteronoma in misura più o meno ampia ovvero, per alcuni profili, da una disciplina che lo stesso collegio pone.

Ecco, parlare del collegio come complesso organizzato significa – è evidente – riconoscere che esso è un'entità distinta dalle singole persone di cui è costituito, e non costituisce una mera sommatoria di queste, così come il suo interesse non è la somma degli interessi dei membri.

Il che significa anche che le individualità presenti nel collegio solo in via riflessa contribuiscono a determinare quell'unità a se stante che è il collegio e, dunque esse possono mutare senza che si determini una alterazione sostanziale del collegio; la sostituzione, di alcune o di tutte, con altre rappresenta la conseguenza, e non la causa, di un tale mutamento.

Ebbene, come per il profilo personale di cui ho appena detto, anche con riguardo alla volontà, non sembra possibile discutere in termini di computo matematico dei singoli voleri quanto, invece, di una volontà unitaria, distinta ed indipendente, in forza della quale la deliberazione esprime un volere differente dalle singole manifestazioni volitive che lo compongono. In altri termini, al collegio deve essere imputata una volontà autonoma ed unitaria, una nuova volontà collettiva che si traduce in un atto composto, dato dalla peculiare combinazione delle volontà individuali.

E dunque, mentre negli uffici monocratici, il momento formativo della volontà si esaurisce nel procedimento intellettuale del soggetto che impersona l'organo, negli organi collegiali esso si traduce nell'unione di più attività individuali che si fondono in un'unica attività funzionale, intesa alla trattazione e decisione di una determinata controversia. Un'attività, dunque, posta in essere da più individui che, insieme, concorrono a porre in essere una medesima attività decisoria volta ad un comune scopo: comporre il conflitto tra l'autorità della pubblica amministrazione e la libertà del cittadino.

Ecco che il collegio giurisdizionale viene così a costituire un'unità che trascende le volontà e le individualità in esso presenti, ossia un'organizzazione deliberante in cui la pluralità dei soggetti che lo compongono forma ed esprime una volontà in cui si traduce una deliberazione giurisdizionale

unitaria, l'atto-sentenza. E tra le singole manifestazioni di volontà si instaura un nesso che supera il legame di ogni membro alla propria dichiarazione, in quanto, al contrario, tutti sono vincolati dalla deliberazione risultante dal concorso delle espressioni individuali nell'ambito del procedimento.

È una ricostruzione che costituisce la naturale appendice della figura collegiale configurata come autonoma ed unitaria: il collegio costituisce lo strumento normativamente individuato per la creazione di un atto avente valenza giuridica unitaria ed efficacia nei confronti dei componenti in forza della costituzione normativa di questi entro una struttura collegiale.

Si tratta di due profili, legati da un nesso di reciproca integrazione e di mutuo completamento, riconducibili ad un'unica fattispecie, in cui il problema della formazione e manifestazione della volontà collegiale muove dalla sintesi della teoria dell'atto giuridico con quella dei gruppi plurisoggettivi.

Senza poter approfondire tale, pur interessante ma impegnativo, aspetto, la riflessione in essere postula la considerazione secondo cui la riconducibilità dell'atto collegiale ad un soggetto e ad un volere unitari sono conseguenza dell'unicità del potere con esso posto in essere. Ed è dall'esercizio di un unico potere, riconosciuto in modo congiunto ed inscindibile a più soggetti, che scaturisce la modificazione giuridica propria degli atti collegiali.

3. L'acquisizione di tale risultato dogmatico rende, nondimeno, la riflessione un po' più complessa specialmente ove si tengano presenti i profili presi in esame nella prospettiva – a mio avviso tutta ancora da esplorare – che deriva dall'utilizzo delle nuove tecnologie e, segnatamente, dall'intelligenza artificiale nelle decisioni giudiziarie.

Non entrerò nel merito di tale questione in quanto oggetto della puntuale e interessante relazione del Presidente Neri. Mi limito a sottoporre alla riflessione un dubbio: se, cioè, alla luce del principio di legalità, della certezza del diritto e considerato il ruolo del giudice nell'applicazione della legge, si possa sostenere che un sistema di intelligenza artificiale possa replicare – non affiancare – la funzione del giudice amministrativo in quella sua speciale essenza che abbiamo visto la collegialità consente.

Premesso che, in considerazione delle norme costituzionali – pensiamo agli artt. 101, 102, 111 co. 2 ma anche lo stesso art. 25 così come la CEDU (art. 6, comma 1) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea laddove garantiscono il diritto di ogni cittadino al un giudice indipendente e imparziale – l'impiego dell'IA al posto del giudice inciderebbe sulle garanzie che tali norme pongono con riguardo alla giurisdizione (quali l'effettività e la pienezza del diritto alla difesa delle parti, la qualità della decisione giurisdizionale, la capacità del giudice di far emergere l'irriducibile peculiarità dei fatti e di calibrare su di essi la decisione, l'obbligo di motivazione), a mio avviso l'intelligenza artificiale non è in grado di

simulare l'attività posta alla base del giudizio reso dal giudice collegiale, quel contraddittorio decisionale che si sostanzia nell'apporto dialettico di più magistrati. Non è cioè in grado di simulare quel giudizio nell'accezione data da Taruffo, vale a dire di quel complesso procedimento logico, psicologico, conoscitivo e valutativo mediante il quale il giudicante sceglie e definisce la decisione-risultato, quel complesso procedimento che si sostanzia in tre fasi: nella ricostruzione del fatto, nella sua qualificazione giuridica e, infine, nell'individuazione dell'effetto giuridico predisposto dalla fattispecie astratta.

Ciò in quanto, il giudice, dopo essere entrato a conoscenza dei fatti allegati dalle parti, individua certamente nella sua assoluta libertà la norma di legge da applicare ai medesimi.

E tuttavia, come è ben noto, questa libertà può portare il giudice a ricostruire la fattispecie storica in modo diverso da quella prospettata dalle parti, dando rilievo, per esempio, a fatti pure allegati dalle parti, ma da esse trascurati (e sappiamo quanto questo è vero per il giudice amministrativo in particolare). L'attività di ricostruzione del fatto – così come quella di accertamento del fatto medesimo – non sono delegabili alle tecniche di apprendimento automatico, in quanto tali tecniche effettuano elaborazioni automatizzate basate sul presupposto che la correlazione di grandi volumi di informazioni possa sostituire la comprensione dei veri nessi causali di una statuizione.

In realtà, la decisione giudiziaria è il risultato di variabili non strettamente logiche, non può essere intesa – come accennerò – come un qualcosa di distaccato dalla realtà sociale e dalla cultura entro la quale il giudice opera.

E dunque, il ragionamento del giudicante attinge – deve attingere –, oltre che nel diritto, nel senso comune. Il diritto, come sappiamo, è un fatto umano, un prodotto culturale e la sua configurazione è intimamente connessa al paradigma dominante ed alla sua evoluzione, ai condizionamenti storici, sociali e culturali che influenzano la pratica del diritto.

#### 4. È questo l'aspetto che rileva in una decisione giudiziaria.

Se, infatti, si considera che l'apparato giudiziario non può essere inteso come separato dall'ambiente, dal quale viene in diverso modo condizionato, un aspetto a mio avviso di particolare rilievo in questa tematica è costituito dalle prassi in concreto seguite. Il che suggerisce un approccio teso a superare le concezioni formalistiche circa la funzione giudiziaria e a valorizzare gli apporti di altre discipline con particolare attenzione agli assetti organizzativi, alle risorse materiali che le connotano, ai valori e, soprattutto, agli scopi sottesi ai comportamenti giudiziari.

Un approccio, dunque, che, pur senza trascurare i profili giuridico-formali, integri la prospettiva tradizionale – seppure aggiornata ai recenti sviluppi offerti dalla tecnologia – con quella propria delle scienze sociali

che, impiegando un criterio induttivo, esaminano le modalità di comportamento facendo leva non solo sull'aspetto normativo, ma altresì su quello empirico.

Da questo punto di vista, il collegio rileva come istituzione nel senso sociologico, vale a dire come insieme di soggetti con una propria individualità concreta che rivestono un proprio ruolo.

E considerato che il ruolo è la «parte» che ogni membro della comunità si trova necessariamente a dover «giocare», esso resta definito dal comportamento dell'«attore organizzativo», che agisce non solo nell'ambito del proprio ruolo formale ma anche in base alle relazioni sociali che sviluppa nell'ambito di quella che è possibile definire come organizzazione informale.

Ma in questa prospettiva, lo stesso funzionamento dell'organizzazione formale non si mostra indipendente dai caratteri personali di un attore organizzativo, così come le decisioni che vengono assunte non costituiscono altro che «campi di azione» i quali, nella molteplicità del loro possibile combinarsi, tracciano un insieme molto cospicuo di possibili interpretazioni di ruolo.

La definizione del ruolo del giudice, inteso come l'insieme di aspettative, valori ed atteggiamenti in ordine alle modalità con cui egli opera e deve agire, è connessa al sistema organizzativo e, dunque, alle caratteristiche del gruppo di riferimento.

Non bisogna dimenticare che i giudici, per definizione, decidono un conflitto tra soggetti – individuali o collettivi, privati o pubblici –, ed in tale veste non sono scelti dalle parti ma individuati dal sistema giuridico che provvede a stabilire altresì, in via preventiva, il metodo da utilizzare per risolvere la controversia mediante un precetto vincolante per i contendenti.

Ebbene, la rilevanza non secondaria della considerazione sociologica del tema riconduce la questione entro confini – a mio avviso imprescindibili – che attengono all'idea che il nostro ordinamento ha sviluppato circa il ruolo del giudice, che da «amministratore» della giustizia in senso proprio nell'epoca post-napoleonica, in quanto espressione dello Stato in una delle sue funzioni e come tale avvertito anche nel sentire comune, diviene, nel tempo, il garante del cittadino nel controllo sulla correttezza del potere esercitato, specie quando quest'ultimo è difficilmente riconducibile a regole prefissate in modo rigoroso (si pensi agli interessi diffusi ove più si percepisce il confronto tra Stato e società) e, in quanto tale, rinvia la legittimazione della propria funzione nella finalità di assicurare il valore della correttezza della decisione attraverso un comportamento coerente al proprio ruolo, vale a dire in consonanza alle aspettative sociali ad esso sottese, le quali richiedono un'interpretazione ed applicazione imparziale del dettato normativo.

Ed allora, in un'ottica tesa a meglio comprendere i comportamenti decisionali ed i ruoli svolti dai soggetti agenti, ci rendiamo conto di come

un'opportuna comprensione del fenomeno della collegialità – ma, più in generale dei fenomeni giuridici – passi attraverso una disamina delle complesse reti di interazioni sociali che riflettono l'idea del diritto come effetto simbolico della ripartizione del potere – potere di formazione, interpretazione ed applicazione delle norme giuridiche – ma anche, forse soprattutto, come arte.

E se così è, per comprenderlo, occorre volgere lo sguardo a coloro che tale arte praticano, a coloro che, come diceva Aristotele, costituiscono il «diritto animato» in quanto capaci, attraverso la loro abilità virtuosa, di inventare la legge realizzando quella giustizia del caso singolo che rappresenta il fine ultimo di ogni organo giurisdizionale, collegiale o monocratico che sia.

GIOVANNI GIUSEPPE ANTONIO DATO

## L'applicazione dei precedenti dell'Adunanza plenaria nella giurisprudenza dei TAR\*

SOMMARIO: 1. L'Adunanza Plenaria: origine ed evoluzione storica (breve sintesi). – 2. Il “meccanismo ascendente”: la rimessione o il deferimento all'Adunanza Plenaria. – 3. L'eccezionale (e ormai superata) ipotesi di rimessione “mediata” all'Adunanza Plenaria da parte dei Tribunali Amministrativi Regionali. – 4. La “fase discendente”: le decisioni dell'Adunanza Plenaria. – 5. Il vincolo *ex art. 99*, comma 3, cod. proc. amm.: le caratteristiche. – 6. Vincolo *ex art. 99*, comma 3, cod. proc. amm. e giudice amministrativo di prime cure.

1. La funzione nomofilattica<sup>1</sup> dell'Adunanza Plenaria – sia pure *in nuce* – trova origine (già) nella legge 31 marzo 1889, n. 5992 – istitutiva della quarta sezione del Consiglio di Stato – che, all'art. 17, comma quarto, stabilì che «Se la sezione riconosce che il punto di diritto sottoposto alla sua decisione ha dato luogo a precedenti decisioni tra loro difformi della stessa sezione, potrà rinviare con ordinanza la discussione della controversia ad altra seduta plenaria col concorso di nove votanti».

La successiva legge 7 marzo 1907, n. 62 – istitutiva della quinta sezione del Consiglio di Stato – nel prevedere all'art. 38, comma quarto, che «Se l'una o l'altra sezione [quarta e quinta] riconosca che il punto di diritto e sottoposto al suo esame ha dato luogo a precedenti decisioni in sede giurisdizionale tra loro difformi, potrà su richiesta delle parti o d'ufficio, rinviare con ordinanza la discussione della controversia alla adunanza plenaria col concorso di nove votanti», aggiunse quale ulteriore competenza (esclusiva) dell'Adunanza Plenaria quella di «regolare la competenza quando sorgano conflitti positivi o negativi di giurisdizione fra la IV e la V sezione» (art. 38, comma quinto)<sup>2</sup>.

\* Versione riveduta e corretta della relazione tenuta al convegno *Prospettive della Giustizia Amministrativa Efficienza, qualità e nuove tecnologie*, organizzato dall'Università degli Studi di Catania, 5-6 ottobre 2023 in Catania, presso il Dipartimento di Giurisprudenza - Aula Magna. Le tesi esposte sono opinioni personali dell'autore e non impegnano l'Istituto cui appartiene.

<sup>1</sup> Sull'origine storica della nomofilachia nell'antica Grecia cfr. E. ANDREIS, *La nomofilachia del giudice amministrativo tra Italia e Spagna: il paradigma dell'“interesse al la formazione della giurisprudenza”*, in *Federalismi*, n. 19/2019, p. 1, [www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=40441](http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=40441).

<sup>2</sup> Il medesimo art. 38, al comma sesto, stabilì che «Per tali effetti saranno al principio di ogni anno designati con decreto Reale, il presidente e quattro consiglieri per ciascuna se-

La sopra richiamata disciplina fu poi riversata nell'art. 37 del Regio decreto 17 agosto 1907, n. 638<sup>3</sup>.

L'art. 4 del Regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054 assegnò al Presidente del Consiglio di Stato la presidenza della «adunanze plenarie indicate nel secondo comma dell'art. 45» (art. 9, ultimo comma) e stabilì, al citato art. 45 (comma secondo), che «Se le sezioni, cui è stato rimesso il ricorso, riconoscono che il punto di diritto sottoposto al loro esame ha dato luogo a precedenti decisioni in sede giurisdizionale tra loro difformi, possono, su richiesta delle parti o di ufficio, rinviare con ordinanza la controversia all'adunanza plenaria col concorso di nove votanti»<sup>4</sup>.

Al momento della istituzione della «terza Sezione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale» (la sezione sesta) fu stabilito che i componenti della neo istituita sezione avrebbero concorso a costituire l'Adunanza Plenaria secondo le disposizioni del terzo comma del citato art. 45 del Regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054 (art. 1 del decreto legislativo 5 maggio 1948, n. 642)<sup>5</sup>.

Nel medesimo contesto temporale, fu stabilita per il Consiglio di Giustizia Amministrativa in sede giurisdizionale la possibilità di deferimento all'Adunanza Plenaria («ove il punto di diritto sottoposto all'esame del Consiglio di giustizia amministrativa abbia dato o dia luogo a contrasti giurisprudenziali con le Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato»), con la precisazione che in tal caso all'Adunanza Plenaria avrebbero partecipato due magistrati del Consiglio di Giustizia Amministrativa; inoltre, all'Adunanza Plenaria, in siffatta composizione, fu devoluta la cognizione dei conflitti di competenza tra il Consiglio di giustizia amministrativa in sede giurisdizionale e le Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato (art. 5, commi quarto e quinto, del decreto legislativo 6 maggio 1948, n. 654).

L'art. 5 della legge 21 dicembre 1950, n. 1018 sostituì i commi secondo e terzo dell'art. 45 del Regio Decreto 26 giugno 1924, n. 1054, prevedendo che «La Sezione, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dar luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o di ufficio, può rimettere il ricorso all'adunanza plenaria» e che «Prima della discussione il Presidente del Consiglio

zione giurisdizionale che dovranno costituire l'adunanza plenaria, e il segretario incaricato di assistervi».

<sup>3</sup> Cfr., in particolare, gli artt. 70 ss. del regio decreto 17 agosto 1907, n. 638.

<sup>4</sup> Il medesimo art. 45, al comma terzo, stabilì che «Per tale effetto saranno, al principio di ogni anno, designati, con decreto Reale, quattro consiglieri per ciascuna sezione giurisdizionale, che dovranno costituire, insieme col Presidente del Consiglio di Stato, l'adunanza plenaria, ed il segretario incaricato di assistervi».

<sup>5</sup> La disposizione fu oggetto di un intervento della Suprema Corte sulla composizione dell'organo giurisdicente: cfr. Cass. civ., Sez. Un., 11 ottobre 1952, n. 3008. In letteratura giuridica cfr. E. GUICCIARDI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: composizione del giudice e difetto di giurisdizione*, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, p. 13 ss.

di Stato, su istanza delle parti o d'ufficio, può deferire all'adunanza plenaria qualunque ricorso che renda necessaria la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza».

Ulteriori previsioni in materia sono state dettate dalla legge 27 aprile 1982, n. 186 (in particolare quanto alla composizione dell'Adunanza Plenaria e al potere del Presidente del Consiglio di Stato di scelta dei componenti e dei supplenti).

Il codice del processo amministrativo (decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104) ha ribadito, all'art. 6, che l'Adunanza Plenaria è composta dal Presidente del Consiglio di Stato che la presiede e da dodici magistrati del Consiglio di Stato, assegnati alle sezioni giurisdizionali<sup>6</sup> e che, in caso di impedimento, il Presidente del Consiglio di Stato è sostituito dal Presidente di sezione giurisdizionale più anziano nel ruolo mentre gli altri componenti dell'Adunanza Plenaria, in caso di assenza o di impedimento, sono sostituiti dal magistrato più anziano nella stessa qualifica della rispettiva sezione.

2. L'art. 99 cod. proc. amm. individua i “canali di alimentazione”<sup>7</sup> dell'Adunanza Plenaria; la disposizione in esame prevede, in particolare, che:

a) se la Sezione cui è assegnato il ricorso rileva che «il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali», con ordinanza emanata su richiesta delle parti o d'ufficio può rimettere il ricorso all'esame dell'Adunanza Plenaria (comma 1)<sup>8</sup>;

b) prima della decisione, il Presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'Adunanza Plenaria «qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali» (comma 2);

c) se la Sezione cui è assegnato il ricorso «ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria», rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso (comma 3)<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Dovendosi ricordare che per l'art. 10, comma 4, del decreto legislativo 24 dicembre 2003, n. 373 in caso remissione all'Adunanza Plenaria da parte del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, l'Adunanza Plenaria è integrata da due magistrati della Sezione del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana.

<sup>7</sup> L'espressione è di A. STORTO, *Decisioni della Plenaria e vincolo di conformazione*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>8</sup> L'art. 1, comma 1, lett. o), del decreto legislativo 14 settembre 2012, n. 160 ha aggiunto al comma 1 dell'art. 99 cod. proc. amm. la seguente previsione: «L'adunanza plenaria, qualora ne ravvisi l'opportunità, può restituire gli atti alla sezione».

<sup>9</sup> Per la giurisprudenza, il «riconoscimento dell'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge – oggi scolpito nell'art 3 Cost. – è uno dei principi fondamentali di un sistema democratico e traduce l'esigenza primaria di assicurare parità di trattamento ai cittadini in situazioni eguali. Tale obiettivo può raggiungersi unicamente in presenza di un diritto connotato da un sufficiente grado di certezza e richiede da un lato che le norme giuridiche siano scritte in modo inequivoco e dall'altro che le stesse siano interpretate in modo uniforme e senza oscillazioni

Appare evidente, dal tenore letterale delle sopra richiamate disposizioni, che mentre l'ipotesi *sub a*) postula un apprezzamento della Sezione nel decidere se sollecitare o meno l'intervento dell'Adunanza Plenaria («può rimettere»), l'ipotesi *sub c*) esclude qualsivoglia margine di valutazione (la Sezione remittente, per l'appunto, se ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria «rimette» – e non «può rimettere» – a quest'ultima la decisione del ricorso)<sup>10</sup>.

[...] L'evoluzione del sistema ha determinato, anche nei paesi di civil law, la necessità di rendere più efficace la funzione nomofilattica delle magistrature apicali. Con riferimento alla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato tale funzione è stata rafforzata dalle norme contenute nell'art 99 cod. proc. amm., in particolare nei commi terzo e quinto, che si pongono in continuità con le disposizioni degli artt. 363 e 374 cod. proc. civ. [...] Tali disposizioni hanno certamente modificato il peso del precedente costituito dalla pronuncia della Adunanza Plenaria la quale, da particolarmente autorevole in quanto proveniente dal massimo consesso della giustizia amministrativa, è divenuta in qualche modo vincolante per le sezioni semplici del Consiglio di Stato [...] Il vincolo del precedente espresso dall'Adunanza Plenaria non può ritenersi lesivo del principio di cui all'art 101, comma 2, Cost., secondo cui i giudici sono soggetti soltanto alla legge, poiché la Sezione del Consiglio di Stato, ove non condivida il principio espresso dalla Plenaria, non è tenuta a decidere in modo difforme dal proprio convincimento, dovendo invece interpellare la stessa Plenaria con ordinanza motivata»: Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2018, n. 6858, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Il rafforzamento della funzione nomofilattica riposa nell'art. 99, comma 3, cod. proc. amm. che riprende il contenuto dell'art. 374, comma terzo, cod. proc. civ.: per effetto della modifica introdotta con decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40 detta ultima disposizione prevede, infatti, che «Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

La dottrina ha posto in evidenza che dalla citata previsione del codice di procedura civile discende un “rafforzamento del vincolo” ma non la “nascita del vincolo” perché anche prima della novella del 2006 una parte della dottrina processualcivile aveva qualificato la pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione come un “precedente relativamente vincolante”, capace di creare nelle sezioni semplici un vero e proprio obbligo giuridico di adeguamento alla pronuncia stessa sebbene, secondo l'opinione prevalente, si trattava tutt'al più di un dovere di correttezza, implicante, in caso di dissenso, l'accurata enunciazione delle novità, anche giuridiche, e anche ricavabili in via di “interpretazione evolutiva”, del caso rispetto al precedente: G. CORSO, *L'Adunanza Plenaria e la funzione nomofilattica*, in *Rassegna Forense* - 3-4/2014, p. 637.

Per la letteratura giuridica la funzione nomofilattica «si lega alla necessità di garantire al cittadino la certezza e prevedibilità del diritto e la sua uniforme applicazione: in quanto tale, deve essere quindi considerata espressione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.»; inoltre, l'opera di unificazione della giurisprudenza non può più essere «realizzata soltanto a livello nazionale, senza la considerazione della nuova governance giudiziaria, e cioè della presenza nell'arena pubblica di ordini diversi di giudici, nazionali e sovranazionali»: V. SALAMONE, *Il valore del precedente nella Giustizia amministrativa nel sistema del dialogo tra le Corti nazionali e sovranazionali*, in [https://extranet.dbi.it/Archivio\\_allegati/Allegati/52248.pdf](https://extranet.dbi.it/Archivio_allegati/Allegati/52248.pdf).

<sup>10</sup> Sulla “complicazione” dei meccanismi della nomofilachia F. PATRONI GRIFFI, *La funzione nomofilattica: profili interni e sovranazionali*, *Rivista della Corte dei conti*, 1-2, 2018, parte IV, p. 662.

Secondo Cons. Stato, Ad. Plen., 10 dicembre 2014, n. 34, in *www.giustizia-amministrativa.it*, «Nel processo amministrativo le ipotesi di deferimento della causa all'Adunanza Plena-

In definitiva, le possibilità di rimessione di una questione all'Adunanza Plenaria «sono costituite dalla sussistenza di un contrasto interpretativo, dalla necessità di risolvere una questione di massima di particolare rilevanza ovvero dalla non condivisione da parte della Sezione del principio di diritto già espresso dall'Adunanza Plenaria in un altro giudizio»<sup>11</sup>.

Resta esclusa, stante il chiaro disposto normativo, la possibilità di rimessione del ricorso all'esame dell'Adunanza Plenaria da parte dei Tribunali Amministrativi Regionali<sup>12</sup>.

3. Come sopra anticipato, dall'art. 99 cod. proc. amm. si ricava pacificamente l'assenza di un meccanismo processuale che consenta la remissione del ricorso all'Adunanza Plenaria da parte dei Tribunali Amministrativi Regionali.

Una – assai circoscritta – ipotesi di “accesso”, comunque “mediato”, all'Adunanza Plenaria da parte dei Tribunali Amministrativi Regionali fu introdotta dal Legislatore nel 2016<sup>13</sup>.

ria sono due: quella facoltativa di cui all'art. 99, comma 1 c.p.a., che ricorre quando la sezione riscontri un contrasto di giurisprudenza reale o potenziale e non intende seguire l'indirizzo consolidato; quella obbligatoria di cui all'art. 99, comma 3, c.p.a., quando la sezione intende rimettere in discussione un principio di diritto già enunciato dall'Adunanza Plenaria».

<sup>11</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., ord. 22 marzo 2023, n. 11, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>12</sup> Nella letteratura giuridica non mancano voci che auspicano l'introduzione di una disciplina del rinvio *per saltum* all'Adunanza Plenaria: cit. E. ANDREIS, *op. cit.*

Merita di essere ricordato che, invece, con riferimento all'ordinamento processualcivile, il Legislatore del 2022 (art. 3, comma 27, lett. c), del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149) ha inserito nel codice di procedura civile l'art. 363-bis cod. proc. civ. – rinvio pregiudiziale – che recita: «Il giudice di merito può disporre con ordinanza, sentite le parti costituite, il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di cassazione per la risoluzione di una questione esclusivamente di diritto, quando concorrono le seguenti condizioni: 1) la questione è necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione; 2) la questione presenta gravi difficoltà interpretative; 3) la questione è suscettibile di porsi in numerosi giudizi. L'ordinanza che dispone il rinvio pregiudiziale è motivata, e con riferimento alla condizione di cui al numero 2) del primo comma reca specifica indicazione delle diverse interpretazioni possibili [...] Il primo presidente, ricevuta l'ordinanza di rinvio pregiudiziale, entro novanta giorni assegna la questione alle sezioni unite o alla sezione semplice per l'enunciazione del principio di diritto, o dichiara con decreto l'inammissibilità della questione per la mancanza di una o più delle condizioni di cui al primo comma. La Corte, sia a sezioni unite che a sezione semplice, pronuncia in pubblica udienza, con la requisitoria scritta del pubblico ministero e con facoltà per le parti costituite di depositare brevi memorie, nei termini di cui all'articolo 378. Con il provvedimento che definisce la questione è disposta la restituzione degli atti al giudice. Il principio di diritto enunciato dalla Corte è vincolante nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione e, se questo si estingue, anche nel nuovo processo in cui è proposta la medesima domanda tra le stesse parti».

<sup>13</sup> Art. 13-bis (*Misure transitorie per l'uniforme applicazione del processo amministrativo telematico*), Allegato II - Norme di attuazione, decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, introdotto dal decreto legge 31 agosto 2016, n. 168 convertito con modificazioni dalla legge 25 ottobre 2016, n. 197.

È bene subito precisare che la disposizione in esame limitava la sua portata precettiva ad un arco temporale assai ristretto (tre anni a decorrere dal 1° gennaio 2017), con la conseguenza che la stessa può ormai ritenersi consegnata alla storia.

Si contemplava, infatti, la facoltà del giudice di prime cure, laddove il punto di diritto sottoposto al suo esame e vertente sull'interpretazione e sull'applicazione delle norme in tema di «processo amministrativo telematico» avesse già dato luogo a «significativi contrasti giurisprudenziali» rispetto a decisioni di primo grado o di appello, «tali da incidere in modo rilevante sul diritto di difesa di una parte», di sottoporre con ordinanza – a richiesta di parte o d'ufficio – al Presidente del Consiglio di Stato istanza di rimessione del ricorso all'esame dell'Adunanza Plenaria.

Il meccanismo congegnato dal Legislatore del 2016 non prevedeva la rimessione del ricorso *tout court* all'Adunanza Plenaria da parte dell'organo giudicante: al contrario, la “richiesta” formulata dal giudice di prime cure poteva essere accolta dal Presidente del Consiglio di Stato, mentre la mancata risposta entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta equivaleva a rigetto.

La disposizione, infine, stabiliva che l'Adunanza Plenaria avrebbe potuto decidere «la sola questione di diritto relativa al processo amministrativo telematico».

La disposizione in esame, come appare evidente dalla sua articolata struttura, permetteva l'accesso (si ribadisce, non diretto) all'Adunanza Plenaria da parte del «collegio di primo grado», fissando però numerose “strette” con riguardo all'oggetto (interpretazione e applicazione delle – sole – norme in tema di processo amministrativo telematico) e alla questione (che doveva aver già dato luogo a significativi contrasti giurisprudenziali – dunque non anche con riferimento all'ipotesi di eventuali e futuri contrasti giurisprudenziali – tali da incidere in modo rilevante sul diritto di difesa di una parte), demandando al Presidente del Consiglio di Stato la decisione circa l'accoglimento della richiesta o meno (e l'eventuale mancata risposta nel termine normativamente stabilito equivaleva a rigetto) e limitando l'intervento dell'Adunanza Plenaria alla decisione della sola questione di diritto, non potendo decidere l'intera controversia (ciò che appare fisiologico, tenuto conto della pendenza del “giudizio *a quo*” in primo grado).

4. I commi 4 e 5 dell'art. 99 cod. proc. amm. descrivono l'esito del giudizio che si svolge avanti all'Adunanza Plenaria (si ricordi però che, per il comma 1 della stessa disposizione codicistica, nell'ipotesi di rimessione ivi contemplata l'Adunanza Plenaria, «qualora ne ravvisi l'opportunità, può restituire gli atti alla sezione»).

Innanzitutto, l'Adunanza Plenaria – secondo una opzione “binaria” – può decidere «l'intera controversia», salvo che ritenga di “*enunciare il prin-*

*cipio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente*" (art. 99, comma 4, cod. proc. amm.).

Il Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa<sup>14</sup> si è soffermato su due importanti questioni interpretative emergenti dall'analisi del comma 4 dell'art. 99 cod. proc. amm.

La prima è quella del vincolo nascente dall'enunciazione da parte dell'Adunanza Plenaria di un principio di diritto che – per l'autorevole arresto in esame – non determina nei confronti della Sezione remittente un vincolo di giudicato (in altri termini, ai principi di diritto enunciati dall'Adunanza Plenaria ai sensi dell'art. 99, comma 4, cod. proc. amm. non può essere riconosciuta l'autorità della cosa giudicata).

Tale esito interpretativo si spiega tenuto conto che l'enunciazione da parte dell'Adunanza Plenaria di un principio di diritto nell'esercizio della propria funzione nomofilattica non integra l'applicazione alla vicenda per cui è causa della *regula iuris* enunciata e non assume quindi i connotati tipicamente decisori che caratterizzano le decisioni idonee a far stato fra le parti con l'autorità della cosa giudicata con gli effetti di cui all'art. 2909 cod. civ. e di cui all'art. 395, n. 5), cod. proc. civ.

Il vincolo del giudicato può pertanto formarsi unicamente sui capi delle sentenze dell'Adunanza Plenaria che definiscono – sia pure parzialmente – una controversia, mentre tale vincolo non può dirsi sussistente a fronte della sola enunciazione di principi di diritto<sup>15</sup> la quale richiede, al contrario, un'ulteriore attività di contestualizzazione in relazione alle peculiarità della vicenda di causa che non può non essere demandata alla Sezione remittente, dovendosi pervenire a conclusioni diverse nelle ipotesi in cui l'Adunanza Plenaria (avvalendosi di un potere decisorio ammesso dall'art. 99, comma 4, cod. proc. amm.) si sia avvalsa della facoltà di definire con sentenza non definitiva la controversia, restituendo per il resto il giudizio alla Sezione remittente (se del caso, previa enunciazione di un principio di diritto), potendo in tali ipotesi il Giudice *a quo* definire con la massima latitudine di poteri decisionali i capi residui della controversia che gli sono

<sup>14</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 23 febbraio 2018, n. 2, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Su tale pronuncia cfr. Cass. civ., Sez. Un., 30 ottobre 2019, n. 27842, in <https://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>.

<sup>15</sup> Analoga conclusione può essere raggiunta, sia pure *mutatis mutandis*, a proposito delle sentenze di legittimità che enunciano principi di diritto ai sensi dell'art. 384 cod. proc. civ. È stato così stabilito che le sentenze di cassazione con rinvio non costituiscono giudicato, potendosi quest'ultimo formare soltanto sulla sentenza che decide definitivamente la causa nel merito (Cass. civ., sez. lav., 12 agosto 2012, n. 13873, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 7-8, 1012); inoltre, è stato affermato che il giudicato può formarsi soltanto sui capi della sentenza aventi contenuto decisorio e non anche sui principi di diritto autonomamente considerati (cfr. Cass. civ., Sez. Un., 23 novembre 2023, n. 32559, <https://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>).

stati demandati, restando tuttavia astretto al vincolo del giudicato formato sui capi definiti dall'Adunanza Plenaria.

Secondo il Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa, inoltre, l'art. 99, comma 4, cod. proc. amm. rimette all'Adunanza Plenaria la sola opzione fra l'integrale definizione della controversia e l'enunciazione di un principio di diritto, mentre non è predicabile l'ulteriore distinzione in principi di diritto di carattere astratto e principi maggiormente attinenti alle peculiarità del caso concreto.

Ed invero, l'unico vincolo legale posto a carico della Sezione rimettente nelle ipotesi di cui all'art. 99, comma 4, seconda parte, cod. proc. amm. è quello di cui al precedente comma 3, mentre non può desumersi dall'ordinamento processuale una sorta di "vincolo di rilevanza" derivante dall'enunciazione di un principio di diritto.

Per il Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa, qualunque operazione di riconduzione di una *regula iuris* al caso concreto postula un'attività *lato sensu* interpretativa, risultando tale attività di contestualizzazione incoercibilmente connaturata a qualunque attività decisionale e non fa eccezione al generale principio appena richiamato l'attività di contestualizzazione che deve essere necessariamente svolta dal Giudice remittente il quale sia chiamato ad applicare nel caso concreto il principio di diritto enunciato dal Giudice della nomofilachia (e il fatto che tale attività di sussunzione del caso concreto alla regola generale sia rimesso al Giudice del rinvio è connaturato alla scelta legislativa di ammettere che l'Adunanza plenaria non definisca il ricorso ma si limiti a dettare la *regula iuris* che presiederà alla sua definizione).

In secondo luogo, il Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa si è soffermato sulla scissione in senso "strutturale" dell'esercizio della funzione nomofilattica e di quella *stricto sensu* decisoria, evidenziando che tale "scissione" si fonda sulla possibilità (*ex art. 99, comma 4, cod. proc. amm.*) di enunciare il solo principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente e sulla ulteriore possibilità (*ex art. 99, comma 5, cod. proc. amm.*) di enunciare comunque il principio di diritto nell'interesse della legge anche laddove l'Adunanza Plenaria dichiari il ricorso inammissibile o improcedibile ovvero dichiari l'estinzione del giudizio, a conferma della tesi che nega il riconoscimento dell'autorità del giudicato alle pronunce con cui l'Adunanza Plenaria si sia limitata a enunciare un principio di diritto senza definire nel merito l'intera controversia.

Al fine di supportare la sopra richiamata conclusione il Supremo Consesso ha evocato l'evoluzione delle disposizioni relative alle ipotesi di remissione all'Adunanza Plenaria, evidenziando che nel sistema antecedente l'esercizio della funzione nomofilattica risultava inscindibilmente connesso alla devoluzione della funzione decisoria della controversia (finendo così per qualificare l'Adunanza Plenaria – a seguito di un'ordinanza di rimes-

sione – al contempo come Giudice del diritto e del fatto)<sup>16</sup>.

Il Legislatore del 2010 ha invece introdotto previsioni volte a rafforzare la funzione nomofilattica svolta dall'Adunanza Plenaria (assimilandola sotto diversi profili a quella svolta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 374 cod. proc. civ. e) svincolandola dalla coesistente funzione decisoria della controversia devoluta.

Infine, quanto all'ulteriore previsione citata in premessa, l'Adunanza Plenaria, se ritiene che la questione è di particolare importanza, può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio ma, in tali casi, la pronuncia dell'Adunanza Plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato (art. 99, comma 5, cod. proc. amm.)<sup>17</sup>.

Per la letteratura giuridica è «questa la manifestazione più rilevante della funzione nomofilattica e il momento della sua massima espansione: una funzione che finisce in questo modo per essere sganciata dal caso concreto, risolto con una pronuncia di rito, e si traduce in un enunciato che non vale per la causa ma [...] si concreta in “una sorta di annuncio implicito di giurisprudenza futura determinante affidamento per gli utenti delle giustizia in generale e per i cittadini in particolare”»<sup>18</sup>.

È stato osservato, inoltre, che la disposizione in esame introduce la possibilità di una “*pronuncia di carattere oggettivo*” solo in apparenza inconciliabile con una giurisdizione a carattere soggettivo caratterizzata dalla necessità dell'interesse dell'individuo non solo per l'ammissibilità del giudizio, ma anche per la sua procedibilità; l'Adunanza Plenaria, riconosciuta la causa ostativa alla definizione nel merito della controversia, «può dunque pronunciarsi, nel caso in cui ritenga la questione di particolare impor-

<sup>16</sup> L'art. 73 del regolamento di procedura 17 agosto 1907, n. 642 stabiliva che l'Adunanza Plenaria, chiamata a dirimere contrasti in giurisprudenza fra le Sezioni del Consiglio di Stato, avrebbe dovuto «[decidere] su tutte le altre questioni della controversia».

<sup>17</sup> La vigente versione dell'art. 99, comma 5, cod. proc. amm. è la risultante della modifica apportata dall'art. 1, comma 1, lett. v), del decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 195. La versione originaria così recitava: «Se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tali casi, la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sulla sentenza impugnata».

Significativi sono i punti di contatto fra il citato art. 99, comma 5, cod. proc. amm. e l'art. 363, comma 3, cod. proc. civ. che, per effetto della modifica introdotta dal decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40, prevede che «Il principio di diritto può essere pronunciato dalla Corte anche d'ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza».

<sup>18</sup> Cit. G. CORSO, *L'Adunanza Plenaria e la funzione nomofilattica*, in *Rassegna Forense* - 3-4/2014, p. 639

tanza, “nell’interesse della legge”, e non più nell’interesse individuale della parte»<sup>19</sup>.

La disciplina in esame «non introduce alcuna fattispecie di azione popolare nel sistema» ma interviene per rendere oggettiva la giurisdizione, qualora l’Adunanza Plenaria rilevi che una questione sia di particolare importanza, quando nel corso del processo emerga una causa ostativa alla decisione nel merito della controversia, e quindi «tale da non poter più consentire la soddisfazione in forma specifica o per equivalente patrimoniale del bene della vita oggetto dell’interesse legittimo per la cui tutela è stato proposta l’azione giurisdizionale»<sup>20</sup>.

5. La letteratura giuridica ha posto in evidenza che il vincolo *ex art. 99*, comma 3, cod. proc. amm. per la Sezione cui è assegnato il ricorso, in caso di “dissenso”, ha peculiari caratteristiche<sup>21</sup>.

In primo luogo, si tratta di un vincolo di ordine “procedurale”: la disciplina codicistica non preclude il “dissenso”, ma impone di incanalare le ragioni della non condivisione del principio di diritto enunciato in precedenza in precisi schemi procedurali (rimessione della decisione del ricorso all’Adunanza Plenaria, con ordinanza motivata)<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Cit. E. ANDREIS, *op. cit.*, p. 12.

<sup>20</sup> R. CAPONIGRO, *La giurisprudenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, in *Federalismi*, n. 2/2017, p. 20, in <https://www.federalismi.it/AppIOpenFilePDF.cfm?artid=33234&dpath=document&dfile=26012017120632.pdf&content=La%2Bgisprudenza%2Bdell%27Adunanza%2BPlenaria%2Bdel%2BConsiglio%2Bdi%2BStato%2Bnel%2Bsistema%2Bdelle%2Bfonti%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdottrina%2B%2D%2B>.

<sup>21</sup> Sull’argomento cfr. A. MALTONI, *Il “vincolo” al precedente dell’Adunanza Plenaria ex art. 99, comma 3 c.p.a. e il rispetto dei principi costituzionali*, in *Foro amm.*, 1/15, p. 137 ss.

È stato osservato che la disciplina in esame, se impedisce alla Sezione semplice di decidere in contrasto con un principio di diritto formulato dall’Adunanza Plenaria non impone affatto di decidere contro il proprio libero convincimento, delineando la norma un meccanismo di trasferimento del potere decisorio dalla Sezione semplice all’Adunanza Plenaria, ciò che esclude la violazione del principio del giudice naturale in quanto è la norma legislativa ad individuare, nel caso in questione, in quest’ultima il giudice a cui spetta l’ultima parola: cfr. cit. R. CAPONIGRO, *op. cit.*, p. 10.

<sup>22</sup> Cit. G. CORSO, *op. cit.*, p. 638.

È interessante osservare che anche nell’ambito della giustizia contabile è stato previsto un analogo vincolo: ed invero, l’art. 117, comma 1, del decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174 (*Codice di giustizia contabile, adottato ai sensi dell’articolo 20 della legge 7 agosto 2015, n. 124*) stabilisce che «La sezione giurisdizionale di appello che ritenga di non condividere un principio di diritto di cui debba fare applicazione, già enunciato dalle sezioni riunite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione dell’impugnazione».

Sul punto è stato osservato che «la nomofilachia di tipo orizzontale, qual è quella delineata dal codice di giustizia contabile, si caratterizza proprio per essere obbligatoria nei confronti delle sezioni d’appello» proprio ai sensi del cit. l’art. 117 del decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174: cfr. Corte dei conti, Sez. Riun., 2 aprile 2019, n. 10/2019/QM/PRES,

Si tratta, inoltre, di un vincolo “negativo”: la Sezione cui è assegnato il ricorso non può – ove non condivida il principio di diritto già enunciato – decidere in senso difforme, dovendo per l'appunto rimettere all'Adunanza Plenaria la decisione del ricorso<sup>23</sup>.

6. Costituisce *ius receptum* il principio in base al quale «l'art 99 cod. proc. amm. non spiega alcun effetto in via diretta nei confronti dei tribunali amministrativi regionali».

Se, infatti, in base alla sopra tratteggiata evoluzione del sistema, la pronuncia della Adunanza Plenaria «da particolarmente autorevole in quanto proveniente dal massimo consesso della giustizia amministrativa, è divenuta in qualche modo vincolante per le sezioni semplici dei Consiglio di Stato», detto effetto non è in via diretta riferibile (anche) al giudice amministrativo di primo grado.

Per la giurisprudenza detta caratteristica del sistema riposa nella esigenza di equilibrio fra opposte esigenze: ed invero, quella di «dare certezza al diritto applicato che si pone alla base dell'art 99 cod. proc. amm.» deve essere «bilanciata con la necessità di garantire forme naturali di evoluzione giurisprudenziale»<sup>24</sup>.

Anche la letteratura giuridica<sup>25</sup> ha rilevato che una lettura piana dell'art. 99 cod. proc. amm. svela l'inesistenza di un qualsiasi effetto di vincolo diretto delle pronunce dell'Adunanza Plenaria nei confronti dell'attività giurisdizionale dei Giudici di prime cure, essendo difficilmente giustificabile sul piano costituzionale «un meccanismo di vincolo assoluto sull'intero sistema della giustizia amministrativa» che, oltre a rendere in taluni casi addirittura inutile il primo grado, varrebbe a travolgere l'equiordinato interesse generale ad adeguare velocemente l'interpretazione alla realtà.

in <https://banchedati.corteconti.it/documentDetail/SEZIONI%20RIUNITE/SENTENZA/10/2019>.

<sup>23</sup> È stato altresì chiarito che non residuano spazi per la ultravigenza dell'art. 1, comma 7, del decreto legge 15 novembre 1993, n. 453, convertito con modificazioni dalla legge 14 gennaio 1994, n. 19, come novellato dall'art. 42, comma 2, della legge 18 giugno 2009, n. 69: «non v'è dubbio che le nuove disposizioni codicistiche abbiano regolato, per quanto qui interessa, l'intera materia già disciplinata dalla legge anteriore (cfr. art. 20, comma 2, lettera n, della legge delega 7 agosto 2015, n. 124), comportandone l'abrogazione tacita ai sensi dell'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale (cfr. Corte dei conti Sezioni Riunite sent. n. 33/2017/MD)»: cfr. Corte dei conti, Sez. Giur. per la Regione Siciliana, 26 gennaio 2021, n. 80, in <https://banchedati.corteconti.it/documentDetail/SICILIA/SENTENZA/80/2021>.

Cit. E. ANDREIS, *op. cit.*, p. 2.

<sup>24</sup> Cit. Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2018, n. 6858, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che così conclude sul punto: «Il giudice di prime cure non sarà quindi obbligato a seguire il principio, ma dovrà evitare difformità per incuriam rispetto allo stesso».

<sup>25</sup> Cit. A. STORTO, *op. cit.*

La medesima dottrina<sup>26</sup> ha osservato che un condizionamento “di sistema” è delineabile solo nella misura in cui la pronuncia di prime cure, che si discosti dai principi di diritto enunciati dall’Adunanza Plenaria, non potrà essere comunque confermata in via immediata dalla Sezione semplice investita dall’appello che, in caso di condivisione, ha l’obbligo di rimettere il ricorso all’Adunanza Plenaria.

Tale fisiologia – ha osservato la citata dottrina<sup>27</sup> – vale a individuare nella difformità giurisprudenziale del giudice di prime cure anche la possibilità di influire sugli orientamenti e, in definitiva, di completare in senso «“circolare” o “ascendente” il percorso nomofilattico».

<sup>26</sup> Cit. A. STORTO, *op. cit.*

<sup>27</sup> Cit. A. STORTO, *op. cit.*

MARCELLO CLARICH

## Servizio giustizia, processo ed effettività della tutela

Il tema del servizio giustizia, riferito alla giustizia amministrativa è molto ampio e si presta a essere trattato per singoli specifici temi. Tra questi, è possibile accennare a tre problemi tra i più rilevanti, che riguardano anche l'effettività della tutela, con i quali si confrontano spesso gli avvocati, i magistrati, ma anche gli studiosi, cioè il riparto di giurisdizione, i riti speciali e la qualità delle sentenze.

Il primo punto, il problema di riparto di giurisdizione, ha angustiato la dottrina e la giurisprudenza fin dall'800 e, tuttavia, non è stato ancora risolto. Quest'ultimo costituisce anzi uno dei fattori di maggiore inefficienza del sistema giustizia, soprattutto dal punto di vista del ricorrente che ha l'onere di instaurare la causa scegliendo il giudice dotato di giurisdizione, ma anche delle parti di un giudizio. Infatti, in molti casi si finisce alle Sezioni Unite della Corte di cassazione solo per sapere se la domanda doveva essere proposta al giudice ordinario o al giudice amministrativo, con un conseguente allungamento delle tempistiche. Vero è che almeno, essendo ora ammessa la *translatio iudicii*, l'errore non è più fatale, sempre che la domanda sia stata formulata in modo da poter essere esaminata dal giudice dinanzi al quale la causa viene trasportata.

Il riparto di giurisdizione è in ogni caso un tema di difficile soluzione a Costituzione invariata. Per risolverlo, infatti, sono stati tentati diversi strumenti, tra i quali, per esempio, gli accordi informali tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato, nonché l'idea, forse non percorribile neanche per legge ordinaria, di creare dei collegi misti composti da magistrati di Cassazione e del Consiglio di Stato per decidere le questioni di riparto. Ebbene, tutte le soluzioni prospettate in realtà non hanno risolto il problema, rispetto al quale continuano a esservi oscillazioni e anche scontri di impostazione. Basti pensare alla questione del risarcimento del danno per lesione del legittimo affidamento ingenerato da atti poi annullati, in merito alla quale in questi anni si è assistito al rimpallo tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato, come emerge anche dalla sentenza della Corte di cassazione del gennaio 2023 (S.U. n. 27177/2023).

Pertanto, la distinzione tra comportamento e potere, con la quale occorre confrontarsi in base all'art. 2 del Codice del processo amministrativo che include nella giurisdizione del giudice amministrativo «i comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio del potere» (art. 2, comma 1),

appare come una questione che non si riuscirà mai, come dottrina e come giurisprudenza, a risolvere definitivamente. Dal punto di vista del cittadino, tuttavia, tutto ciò comporta un problema di effettività della tutela, dovuto alla difficoltà di capire in modo chiaro e certo dove proporre l'azione.

Il secondo punto riguarda la proliferazione dei riti speciali. È noto che nel corso degli anni sono aumentati sempre più i riti speciali, tra i quali l'ultimo rito è quello per le procedure amministrative finanziate dal PNRR. Ebbene, in tal modo, la disciplina codicistica si sta per così dire sfilacciando in tanti riti. In alcuni casi l'istituzione di un rito speciale risulta necessaria, come per esempio per il rito elettorale, per il quale occorre garantire tempi compatibili con il ritmo e la sequenza degli atti successivi essendo necessario attribuire prima possibile certezza ai risultati della competizione elettorale; ma spesso la distinzione non appare indispensabile. Anche la classica distinzione tra riti ordinari e riti accelerati già introdotta dalla l.n. 205/2000 e poi ripresa dal Codice del processo amministrativo, può ritenersi sostanzialmente inutile, mentre potrebbe essere preferibile ritornare a un rito unico e chiaro, con termini certi e senza troppe varianti. Sul punto, un aspetto cruciale è quello della tutela cautelare, in quanto la previsione di riti alternativi è spesso legata alla considerazione di particolari interessi pubblici, come quello al completamento dell'opera o quelli connessi al PNRR che vengono ritenuti *ex lege* prevalenti rispetto all'interesse del ricorrente. Ebbene, in realtà, basterebbe forse rimettere tali valutazioni alla stessa sensibilità del giudice, senza la necessità di norme di legge che istituiscano riti particolari, che in realtà non aiutano e spesso, al contrario, finiscono con il creare confusione.

In ogni caso bisognerebbe evitare che si aggiungano ulteriori riti speciali, ma prima o poi, qualora ve ne fosse l'occasione, si potrebbe anche ripensare integralmente il sistema, al fine di rendere più semplice e chiara anche la disciplina.

Un terzo aspetto da esaminare riguarda infine la qualità delle sentenze. A questo proposito, facendo un confronto tra le sentenze nazionali e quelle dei tribunali europei, si percepisce chiaramente una diversità di tecnica espositiva nella ricostruzione della controversia e della posizione delle parti, nonché soprattutto dei vari argomenti giuridici che sorreggono la decisione. Le sentenze dei giudici europei sono un ottimo esempio di organicità, linearità e comprensibilità.

L'oscurità delle sentenze costituisce un problema di effettività della tutela, perché molto spesso, se le sentenze non sono chiare nel loro effetto conformativo, si creano anche problemi in sede di ottemperanza, che portano le parti a ritornare dal giudice, come prevede opportunamente il Codice del processo amministrativo, anche per chiedere chiarimenti sul contenuto della sentenza.

Su questo versante occorre sicuramente uno sforzo, ma lo sforzo deve

partire anche dalla redazione degli atti da parte degli avvocati, al fine da renderli più strutturati, precisi e non ridondanti. In questa direzione si muovono alcune proposte di disciplinare, non soltanto la lunghezza massima degli atti introdotta già da tempo, ma anche il *format* degli atti. In tal modo, anche il compito del giudice risulterebbe agevolato, in quanto le questioni sarebbero già organizzate in modo logico, articolato e preciso nei ricorsi e nelle memorie.

Bisognerebbe dunque innescare un circuito virtuoso che impegni entrambi i lati della professione, ma ancor prima, un'attenzione al *legal writing*, per riprendere la denominazione dei corsi nelle università americane, dovrebbe partire dalla formazione degli studenti della facoltà di giurisprudenza che dovrebbero già imparare a scrivere in modo chiaro e argomentato. Come noto, in altri paesi vi è infatti una grande attenzione all'aspetto del *legal writing* anche nel corso degli studi universitari.

Naturalmente poi la qualità delle sentenze dipende anche dal numero di sentenze che ogni magistrato deve produrre. E ciò si collega anche al tema dell'organizzazione del servizio giustizia e dei carichi di lavoro. Sul punto, i dati di comparazione con altri paesi dimostrano che il numero di magistrati amministrativi in Italia è molto inferiore, per esempio, a quello dei magistrati amministrativi in Germania. In tale contesto, è chiaro che, avendo meno cause e dunque meno affanno anche nel rispettare le tempistiche per la pubblicazione delle sentenze, il lavoro del giudice è agevolato, le sentenze possono essere di maggior qualità, e probabilmente anche l'istruttoria può essere più approfondita. Per quanto riguarda l'istruttoria, per esempio, risulta che i giudici amministrativi tedeschi non solo dispongono di consulenze tecniche d'ufficio, ma in alcuni casi si recano anche personalmente a vedere la situazione di fatto, come per esempio la sussistenza di un abuso edilizio. Ebbene, si tratta di strumenti e modalità che richiedono tempo e possibilità che oggettivamente non sono previste nel nostro ordinamento.

In conclusione, il problema dell'effettività del servizio giustizia passa attraverso interventi paralleli che richiedono anche maggiori risorse che in un'epoca di crisi della finanza pubblica non è facile ottenere.



MARGHERITA RAMAJOLI

## La giustizia amministrativa come servizio pubblico tra efficienza e adeguatezza

SOMMARIO: 1. La giustizia come pubblico servizio. – 2. Fughe in avanti e passi indietro in tema di sindacato giurisdizionale. – 3. I labili confini tra ponderazioni di interessi e valutazioni tecniche.

1. È stato acutamente osservato che il principio di democraticità, il principio di sovranità popolare e le trasformazioni nella relazione tra cittadino e Stato consentono ai giorni nostri di «superare la prospettiva del potere» per riflettere in che termini la giustizia, in particolare quella amministrativa, costituisca un servizio pubblico<sup>1</sup>.

Ragionare della giustizia come di un servizio pubblico necessita di considerare i caratteri generali qualificanti dei servizi pubblici e saggiarne la tenuta con riferimento alla giustizia<sup>2</sup>. Come è noto, nel servizio pubblico contano, per un verso, la dimensione organizzativa, e, per altro verso, il risultato finale dell'attività materiale<sup>3</sup>. Il piano organizzativo e il piano dell'attività sono sì separati, ma al tempo stesso coordinati tra loro, secondo un'evidenza resa limpida dalla lezione di Nigro<sup>4</sup>.

L'organizzazione del servizio pubblico giudiziario abbraccia in sé tante tematiche, che spaziano dall'allocazione di persone, di risorse e di mezzi all'informatizzazione degli uffici, con il suo corollario del processo telematico, dall'accesso universale alla giustizia a tempistiche all'insegna della ragionevolezza<sup>5</sup>.

Invece il risultato finale dell'attività materiale si risolve in quel bene prezioso che è dato dalla effettività e dalla pienezza della tutela giurisdizionale.

<sup>1</sup> S. LICCIARDELLO, *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 797 ss., p. 797.

<sup>2</sup> Antesignano in materia è stato lo studio *I tempi della giustizia. Un progetto per la riduzione della durata dei processi civili e penali*, a cura di E. Paciotti et al., in *ASTRID - Rassegna*, n. 17 del 2005; cfr. altresì G. FLORIDIA, *La giustizia come servizio pubblico essenziale*, Milano, 2010.

<sup>3</sup> Pioneristico sul punto U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964.

<sup>4</sup> M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966, spec. p. 122 ss.

<sup>5</sup> Cfr. G. DE GIORGI CEZZI, voce *Giustizia (amministrazione della)*, in *Enc. dir., Funzioni amministrative*, Milano, 2022, p. 567 ss.

zionale (art. 24 Cost. e art. 1 c.p.a.)<sup>6</sup> e apre a prospettive più complesse e articolate. Infatti, siffatto risultato, da un lato, è certamente condizionato dalla dimensione organizzativa del servizio giustizia, dall'altro, non dipende unicamente da essa. In particolare, esso è legato a filo doppio anche al tipo di attività svolta dal giudice, ossia alla natura e al grado di sindacato giurisdizionale.

Su quest'ultimo profilo è opportuno soffermarsi, perché nel processo amministrativo vi sono alcuni aspetti problematici di non facile soluzione. Essi emergono quando il sindacato giurisdizionale deve essere effettuato nei confronti di valutazioni tecniche complesse previamente compiute dall'amministrazione, ipotesi altrimenti definite, dalla giurisprudenza più tradizionale, di discrezionalità tecnica.

Si tratta di un tema antico<sup>7</sup>, ma sempre più attuale, visto che oggi si è dominati da regole scientifiche con un'intensità accentuata rispetto al passato<sup>8</sup>. Se la tecnica pervade la nostra esistenza, parimenti la relazione del cittadino con la Pubblica Amministrazione sarà da essa condizionata<sup>9</sup>.

Le valutazioni tecniche non sono tutte uguali tra loro, dal momento che i fatti da conoscere possono essere semplici e quindi accertati con un giudizio di esistenza, oppure possono essere complessi e reclamare un apprezzamento implicante un giudizio di probabilità. Applicare una formula matematica oppure individuare l'età di una persona sono esempi della prima tipologia di valutazioni, stabilire la gravità di una malattia o la pericolosità di una riunione rientra nella seconda tipologia di valutazioni<sup>10</sup>.

Se il controllo del giudice nei riguardi dei meri accertamenti di fatti semplici è pacificamente pieno e la ripetizione dell'accertamento è sempre ammessa in sede giudiziale, anche amministrativa, non altrettanto può dirsi qualora venga in rilievo un apprezzamento tecnico, che, come appena detto, presentando carattere di opinabilità è in grado di condurre a una molteplicità di risultati.

<sup>6</sup> In merito si rinvia ad I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 401 ss. e alla bibliografia ivi riportata.

<sup>7</sup> F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III, p. 275 ss.; E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, p. 43 ss.

<sup>8</sup> S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995 (rist. 2021).

<sup>9</sup> M. CLARICH, in M. CLARICH e M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali*, Pisa, 2021.

<sup>10</sup> Anche se la crisi pandemica ha dimostrato quanto queste distinzioni siano tutt'altro che rigide e fisse, essendosi assistito al continuo passaggio da ciò che è ritenuto incerto a ciò che è reputato certo e viceversa, come testimoniato dal fatto che originariamente i vertici delle istituzioni sanitarie avevano addirittura sconsigliato l'uso di mascherine in quanto avrebbero contribuito al dilagare dell'epidemia da Covid-19.

2. Ricostruire il tipo di controllo del giudice amministrativo sugli apprezzamenti tecnici complessi non è affatto agevole. Si è di fronte a un percorso non sempre lineare, fatto di fughe in avanti, che sono normative, giurisprudenziali e dottrinali, ma anche di arretramenti successivi, parimenti normativi, giurisprudenziali e dottrinali.

Qualche breve considerazione in merito alle fughe in avanti in tema di sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche. Per quanto riguarda la normativa basti pensare all'introduzione – anche se solo in questo secolo – della consulenza tecnica d'ufficio (art. 67, comma 1, c.p.a.) e di una più puntuale disciplina dell'istituto delle verificazioni ad opera dell'art. 66 del codice di rito<sup>11</sup>. È soprattutto l'introduzione della consulenza tecnica d'ufficio ad avere dotato il giudice amministrativo dello strumento idoneo a sindacare il contenuto della valutazione tecnica dell'amministrazione.

Con specifico riferimento alla c.t.u. si è soliti parlare di una forte ritrosia del giudice amministrativo nell'ammetterla all'interno del proprio processo<sup>12</sup>, corroborata da un dettato normativo che ne stabilisce l'ammissibilità solo se indispensabile (art. 63, comma 4, c.p.a.). Tuttavia, è possibile menzionare – e valorizzare – una recente pronuncia del Consiglio di Stato, sez. VI, la n. 448 del 2023, che invece sfrutta al massimo lo strumento processuale stabilendo che le preclusioni istruttorie vevoli per le parti non si applicano di contro all'attività del consulente tecnico. La conseguenza, importante, è che il consulente tecnico può acquisire tutti i documenti necessari al fine di rispondere ai quesiti, anche prescindendo dall'attività di allegazione delle parti e anche dopo lo spirare dei termini di legge<sup>13</sup>.

In relazione alle fughe in avanti d'origine giurisprudenziale occorre premettere che per lungo tempo il sindacato in materia è stato estrinseco, non dissimile da quello svolto nei confronti di valutazioni squisitamente discrezionali, e di conseguenza molto limitato. Solo illogicità macroscopiche, oppure incongruenze manifeste potevano essere censurate dal giudice amministrativo. Ma a poco a poco si è avuta una maggiore apertura all'insegna dell'effettività e della pienezza della tutela giurisdizionale, idonea così a soddisfare i dettami del pubblico servizio-giustizia.

A tal riguardo è sufficiente citare due *leading cases*, dagli effetti dirompenti. Anzitutto, in ordine di tempo, merita di essere ricordata la decisione della sez. IV del Consiglio di Stato n. 601 del 1999, che per la prima volta ha con nettezza operato una distinzione tra merito amministrativo insindacabile e valutazioni tecniche sindacabili.

<sup>11</sup> Sulla distinzione tra consulenza tecnica d'ufficio e verificaione cfr., per chiarezza, Cons. Stato, sez. III, 25 marzo 2021, n. 2530.

<sup>12</sup> M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2023, II ed., p. 239 ss.

<sup>13</sup> Così Cons. Stato, sez. VI, 13 gennaio 2023, n. 448, che si rifà a Cass. Civ., SS.UU., 1° febbraio 2022, n. 3086.

Afferma infatti la sentenza che la questione sulla validità di un apprezzamento effettuato dall'amministrazione è una questione di fatto e «non si trasforma – soltanto perché opinabile – in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva a una scelta di merito». Conseguentemente il sindacato del giudice amministrativo non deve limitarsi al semplice controllo formale ed estrinseco dell'*iter* logico seguito dall'amministrazione, bensì spingersi fino alla «verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo»<sup>14</sup>.

In tempi più recenti un ulteriore passo avanti – anche se molto controverso – in tema di sindacato sulle valutazioni tecniche opinabili è stato compiuto dalla sez. VI del Consiglio di Stato, con la decisione n. 4990 del 2019<sup>15</sup>.

Con un ragionamento molto articolato il giudice amministrativo parte dalla premessa che «la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati» va inquadrata come «attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa, in quanto il tratto *libero* dell'apprezzamento tecnico si limita qui a riflettere esclusivamente l'opinabilità propria di talune valutazioni». Se ne deduce che il giudice è tenuto ad effettuare un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della questione di fatto «sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile)», sostituendo al sindacato di «attendibilità» un sindacato di «maggiore attendibilità». Come in altra occasione sempre il giudice d'appello ha avuto modo di precisare<sup>16</sup>, ciò significa valutare se la decisione amministrativa rientra o meno «nella (ristretta) gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti». Dal canto suo, il ricorrente può «contestare *ab intrinseco* il nucleo dell'apprezzamento complesso» dell'amministrazione mettendone in discussione l'attendibilità tecnico-scientifica<sup>17</sup>.

*Last but not least* il contributo dottrinale ha coadiuvato, sollecitato, spinto e razionalizzato il complessivo processo appena tratteggiato. Ripercorrere questa evoluzione di pensiero non avrebbe senso e così ci si limita a ricordare che già quaranta anni fa, per la precisione nei primi anni Ottanta

<sup>14</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999 n. 601, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 182 ss., con note di M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato* e di P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica e situazioni giuridiche soggettive*. Nella specie veniva in rilievo una valutazione della dipendenza da causa di servizio dell'infermità di un pubblico dipendente.

<sup>15</sup> Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 740, con nota di M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in materia antitrust.

<sup>16</sup> Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, in materia ambientale.

<sup>17</sup> Ancora Cons. Stato, sez. VI, n. 8167/2022, cit.

del secolo scorso, Franco Ledda, per un verso, Vincenzo Cerulli Irelli, per un altro, hanno imposto una frattura rispetto alle posizioni pregresse<sup>18</sup>.

Ledda ha chiarito con lungimiranza che «quando la tecnica (è) ... incorporata nel diritto, tanto l'applicazione del criterio tecnico inadeguato quanto il giudizio fondato su operazioni non corrette o insufficienti inevitabilmente comportano un vizio di legittimità sull'atto». Questa affermazione è fatta valere non soltanto per i giudizi di certezza, ma anche per «le valutazioni o i meri apprezzamenti che sono spesso strumento necessario e insostituibile del decisivo accertamento giudiziale».

Cerulli Irelli, nel caso di errore di fatto, ha proposto di abbandonare il controllo tipico di eccesso di potere e di optare per il vizio di violazione di legge, in modo da consentire al giudice di conoscere direttamente dei fatti complessi e di valutarne la veridicità. La soluzione proposta permette infatti al giudice una piena conoscenza di tutti gli elementi fissi della fattispecie del potere e in particolare degli elementi di fatto contemplati dalla norma come presupposti o come oggetto del potere stesso<sup>19</sup>.

Ma, come sopra accennato, il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche non presenta caratteri costanti e inequivoci. Infatti, alle descritte fughe in avanti si accompagnano arretramenti successivi. Uno tra tutti: nei giudizi relativi alle misure di gestione della crisi degli istituti bancari il legislatore ha espressamente escluso sia verificazioni sia consulenze tecniche (art. 95 del d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180), facendo ripiombare la fase istruttoria del processo amministrativo nel profondo Ottocento.

3. In questo contesto mosso non s'intende toccare il tema della attendibilità, maggiore attendibilità o ragionevolezza tecnica della valutazione tecnica, ampiamente dibattuto dalla dottrina<sup>20</sup>. Si ritiene invece preferibile accennare a un'altra, contigua, questione condizionante l'effettività della tutela giurisdizionale: la difficoltà di differenziare concettualmente il momento della valutazione tecnica da quello della prospettazione degli effetti di tale valutazione sul piano degli interessi coinvolti; in altri termini, la difficoltà di distinguere l'apprezzamento dei fatti dall'attività di ponderazione degli interessi in gioco.

Siffatta difficoltà è logicamente un portato della complessità dell'attività amministrativa, che si rifrange sul tipo di sindacato svolto in sede processuale. Infatti, gli apprezzamenti tecnici talvolta sono il presupposto per

<sup>18</sup> F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, vol. II, Milano, 1987, p. 245 ss., pp. 313-314.

<sup>19</sup> V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 463 ss., 507, 523.

<sup>20</sup> Per tutti cfr. M. CLARICH, in M. CLARICH e M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali*, cit., p. 68 ss.

valutazioni discrezionali, altre volte invece non sono seguiti da considerazioni di interesse pubblico. Un esempio del primo tipo ricorre nel caso in cui l'amministrazione, valutata una data situazione atmosferica come pericolosa per la salute, ha il potere di adottare i provvedimenti reputati maggiormente opportuni, mentre un esempio del secondo tipo sussiste quando l'amministrazione, appurato che un assebramento mette in serio pericolo la salute pubblica, è tenuta necessariamente ad impedirne lo svolgimento.

La necessità di mantenere distinti questi piani e di conseguenza anche il relativo sindacato giurisdizionale vale nel caso non solo di provvedimenti puntuali, ma anche di atti amministrativi generali. Ancora una volta il periodo pandemico fornisce un'esemplificazione di chiara evidenza: durante un'epidemia la decisione di tenere le scuole aperte, anche se basata su dati epidemiologici, è pur sempre politica, dovendosi tenere conto di molteplici fattori che spaziano del rapporto tra rischi e benefici ai costi economici, sociali e psicologici della prospettata misura amministrativa generale.

Tuttavia, l'impossibilità di scindere apprezzamenti di fatti complessi e bilanciamenti di interessi emerge chiaramente dal modo in cui la giurisprudenza amministrativa inquadra la prima tipologia di attività, che viene concepita come non dotata di una sua autonoma individualità e di uno suo specifico scopo conoscitivo. Due esempi tratti da settori profondamenti diversi dell'attività della pubblica amministrazione mostrano in maniera plastica questo fenomeno.

In materia ambientale la giurisprudenza maggioritaria reputa la valutazione tecnica come avviluppata, assorbita, inglobata nella valutazione di opportunità e nella comparazione degli interessi pubblici e privati coinvolti. Il riconoscimento di una sfera di valutazione integralmente e complessivamente riservata alle amministrazioni porta con sé un determinato trattamento processuale: la valutazione tecnica ambientale è sottoposta a una verifica esterna e indiretta secondo lo schema dell'eccesso di potere, sfuggendo in via generale al controllo del giudice amministrativo, a meno che non sia manifestamente illogica, irrazionale, arbitraria, ovvero fondata su un palese e manifesto travisamento dei fatti, o ancora inficiata da macroscopiche contraddittorietà o incongruenze<sup>21</sup>.

L'assorbimento della valutazione tecnica all'interno dell'attività comparativa degli interessi in gioco genera poi due conseguenze di sistema: da un lato, rafforza la già segnalata ritrosia del giudice nell'accogliere richieste di consulenza tecnica<sup>22</sup>; dall'altro, rende particolarmente recessiva la posi-

<sup>21</sup> In tema cfr., se si vuole, M. RAMAJOLI, *Le valutazioni tecniche degli organi preposti alla tutela dell'ambiente tra surrogabilità e sindacabilità giurisdizionale*, in *Riv. giur. amb.*, 2022, p. 985 ss.

<sup>22</sup> La c.t.u. comporterebbe «un inammissibile giudizio sostitutivo di una valutazione tecnico discrezionale (svolta dalla Amministrazione e demandata a specifici organi in pos-

zione dei privati rispetto alle determinazioni delle amministrazioni, come emerge dall'affermazione giurisprudenziale secondo cui in sede di imposizione del vincolo di tutela ambientale «non è richiesta una ponderazione degli interessi privati unitamente ed in coerenza con gli interessi pubblici connessi con la tutela paesaggistica», neppure allo scopo di dimostrare che il sacrificio imposto al privato sia stato contenuto nel minimo possibile<sup>23</sup>.

Il secondo ambito in cui è ben visibile il fenomeno di confusione di piani sostanziali e, conseguentemente, processuali riguarda i c.d. settori regolati dalle autorità amministrative indipendenti.

Con riguardo al settore bancario si pensi al sindacato svolto dal giudice amministrativo sulle misure amministrative c.d. di *removal*. Questo strumento di intervento precoce, cautelare in senso lato e non sanzionatorio, è adottato dalla Banca d'Italia nel momento iniziale di crisi di un istituto, per scongiurare il definitivo deterioramento della situazione aziendale, arginare il processo degenerativo in corso e, possibilmente, ricondurre la banca a una sana e prudente gestione (artt. 69 *bis* ss. T.U.B.)<sup>24</sup>.

Le misure in questione si possono concretizzare nella rimozione di tutti i componenti del consiglio di amministrazione, del collegio sindacale e del direttore generale della banca vigilata, lasciando alla stessa la designazione di sostituti (art. 69-*viciessemel*, commi 1 e 2, T.U.B). Il Consiglio di Stato, nel considerare i presupposti per l'adozione del *removal*, ha sostenuto che in seno a queste valutazioni complesse cui è chiamata la Banca d'Italia si registra sovente «una contestualità cronologica ed una parziale sovrapposizione logica tra il momento della valutazione tecnica e la ponderazione dell'interesse pubblico» e, più in generale, «la fusione dei due momenti in un procedimento logico unitario»<sup>25</sup>.

La fusione operata tra le due distinte tipologie di attività amministrativa porta il giudice amministrativo ad estendere il raggio di applicazione della riserva di valutazione in capo all'amministrazione. Ne consegue, ancora una volta, un sindacato che sempre e in ogni caso si risolve nella semplice verifica della «logicità ... congruità, ragionevolezza ed adeguatezza del provvedimento e della sua motivazione, (del)la regolarità del procedimento

nesso in massimo grado di competenze tecniche e scientifiche necessarie) ed in quanto tale infungibile, salvo ipotesi di macroscopiche abnormità»; così Cons. Stato, Sez. II, 6 aprile 2020, n. 2248.

<sup>23</sup> Cons. Stato, sez. IV, n. 2462/2022; sez. II, 12 aprile 2021, n. 2935.

<sup>24</sup> Sull'istituto cfr. F. CIRAOLO, *Il removal alla prova dei fatti. Note minime intorno al caso Credito di Romagna s.p.a.*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, p. 199 ss.

<sup>25</sup> Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2022, n. 6254, in *Giur. comm.*, 2023, p. 389 ss., con note di R. PISELLI, *I poteri in intervento precoce di Banca d'Italia: spigolature di diritto commerciale*, e di G. FIDONE, *Sulla qualificazione del potere di removal della Banca d'Italia, sulla natura del potere esercitato e sul correlato sindacato del Giudice amministrativo. Il Consiglio di Stato compie un altro passo verso la full jurisdiction*.

e (del)la completezza dell'istruttoria, (del)l'esistenza e (del)l'esattezza dei presupposti di fatto posti a fondamento della deliberazione»<sup>26</sup>.

Si torna così, se si vuole in via indiretta, a un sindacato integralmente e completamente estrinseco anche nel caso di valutazioni tecniche. Ma se è vero che la ricerca di un punto di equilibrio tra effettività della tutela giurisdizionale e separazione tra potere amministrativo e potere giudiziario non è affatto facile, nondimeno compito della dottrina è segnalare sia quando il sindacato divenga troppo esteso, al punto da sostituirsi nelle valutazioni di puro merito amministrativo riservate all'amministrazione, sia quando il sindacato è troppo timido, al punto da tradursi in un diniego di giustizia. Infatti una giustizia amministrativa intesa come servizio pubblico deve essere non solo efficiente, ma soprattutto adeguata alle esigenze di tutela del cittadino<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Ancora Cons. Stato, sez. VI, n. 6254/2022, cit.

<sup>27</sup> S. LICCIARDELLO, *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, cit., 797.

VITTORIA BERLINGÒ

## La legalità processuale a presidio della ‘qualità’ del ‘servizio’ giustizia: misure di precauzione e rischio ‘sistemico-intersettoriale’

Un ringraziamento non di circostanza ai Colleghi ed Amici Sebastiano Licciardello e Giovanni Licata, che, con l’invito a partecipare ai lavori di questo importante convegno, mi hanno offerto, altresì, la gradita occasione di ritornare nell’Università dove il mio percorso accademico ha avuto inizio con il Dottorato di ricerca, diretto dal compianto Professore Ignazio Maria Marino.

Le presenti riflessioni hanno come sfondo un interrogativo senz’altro ascrivibile alla terza sessione del convegno, intitolata «Servizio giustizia, processo ed effettività della tutela», a proposito del dibattito se l’idea di giurisdizione come ‘servizio pubblico’ debba implicare l’adesione ad una prospettiva nomopoietica da parte del giudice oppure se non sia piuttosto la legalità processuale la cornice più idonea a valorizzare la ‘qualità’ del servizio giustizia, di cui ha parlato il Professore Licciardello nella relazione introduttiva<sup>1</sup>.

In particolare, nel tentativo di argomentare tale secondo termine del dilemma, ci si muoverà all’interno degli ambiti interessati dalla recente emersione di un nuovo modo di prospettarsi del rischio.

Una volta superata l’emergenza pandemica, infatti, diversi osservatori concordano nel considerare la comparsa del *Coronavirus* come prevedibile e, per questo, richiamando la nota metafora utilizzata dal matematico libanese Nassim Taleb, l’assimilano, se non ad un cigno bianco, e cioè ad un evento noto ed evitabile, quanto meno ad un *Grey Swan*, un evento, il cui verificarsi è considerato improbabile, ma possibile e conoscibile, un *cigno grigio* appunto<sup>2</sup>.

Il rischio, così inteso, si presta a essere, a sua volta, definito ‘sistemico’ e ‘intersettoriale’, per la capacità propria di taluni ‘fatti’ cui si riferisce – come il cambiamento climatico, le malattie zoonotiche, la stessa sicurezza

<sup>1</sup> Si veda pure, al riguardo, S. LICCIARDELLO, *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 797 ss.

<sup>2</sup> N.N. TALEB, *The Black Swan: The Impact of Highly Improbable*, New York, 2007, trad. it. a cura di E. Nifosi, *Il Cigno nero. Come l’improbabile governa la nostra vita*, Milano, 2014, p. 21. Per un’analisi del tema della probabilità degli eventi, v. K.R. POPPER, *The Logic of Scientific Discovery*, trad. it. a cura di M. Trincherò, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, Torino, 1998, pp. 150-233; R. SCARCIGLIA, *Il “cigno nero” e il comparatista. Riflessioni su indicatori, variabili e comparazione giuridica*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2021, p. 73 ss.

informatica, ormai considerati prevedibili – di innescare, per la loro interdipendenza e interconnessione su scala globale, impatti negativi a cascata in forza di un marcato ‘tasso di progressione’ del ‘rischio esistente’ in ‘rischio aggiunto’ ad un livello di non ritorno<sup>3</sup>.

L’approfondimento relativo al profilo delle implicazioni processuali di tale diverso inquadramento del rischio può compiersi sulla base delle riflessioni condotte, con uno scritto del 2010, dal Professore Marino, che, già allora, ammoniva su «l’inutilità di ogni principio di precauzione, [che] accett[i] passivamente i rischi di [una inevitabile] convivenza [con l’incertezza scientifica]. Il principio [scriveva] deve assumere consistenza giuridica, anche per il contenuto da dare all’incertezza scientifica, che non può limitarsi al “tipo e al livello” di incertezza, ma deve coinvolgere il (livello del) rischio e gli interessi in gioco: la gravità o l’irreversibilità delle conseguenze rischiose»<sup>4</sup>.

Nella nuova accezione sistemica di rischio, significativamente così per tempo intuita, l’incertezza viene reinterpreta proponendo uno spostamento in avanti rispetto al ‘fatto’ in sé, che, in quanto plausibile, e non ‘incidente bizzarro’, consentirebbe di divaricare i termini della formula dell’‘ignoto irriducibile’, da tempo invalsa in giurisprudenza. Si renderebbe, così, possibile una differenziazione (*rectius* riduzione) del rischio, idonea ad impedire non solo che la riserva della scienza (‘incerta’) continui ad essere necessariamente attratta negli ambiti della discrezionalità, restringendo la stessa portata applicativa del principio di precauzione, ma pure che si insista nel legittimare il giudice ad un tipo di sindacato ‘debole’, timido e rinunciatorio<sup>5</sup>.

Ci si può rifare, sul punto, ad una recente pronuncia del Tar Campania - Napoli, Sez. V, n. 28 del 3 gennaio 2023.

Il caso attiene alla misura di precauzione dell’abbattimento indiscriminato di un allevamento di bestiame al fine di contenere la trasmissibilità della brucellosi dagli animali agli uomini, ricorrendo l’ipotesi d’ ‘impossibilità di eradicazione della malattia’, concetto giuridico indeterminato che il legislatore impiega per indicare l’inidoneità di misure alternative di risanamento, come la soppressione mirata di animali infetti.

Anche questa pronuncia si iscrive nell’indirizzo giurisprudenziale maggioritario secondo cui quando, come nel caso oggetto della pronuncia, «residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il

<sup>3</sup> V. HEYVAERT, *Governing Intersystemic Systemic Risks: Lessons from Covid and Climate Change*, in *Modern Law Review*, 2022, p. 938 ss.

<sup>4</sup> I. M. MARINO, *Aspetti propedeutici del principio giuridico di precauzione*, in *giustamm.it*, p. 2011.

<sup>5</sup> In argomento, cfr., *ex multis*, A. VANOLI, *Il principio di precauzione nel contrasto all’inquinamento atmosferico diffuso tra tutela dell’ambiente salubre e prevedibilità dell’azione amministrativa*, in *Riv. giur. amb.*, 2021, p. 175 ss.

Giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'Autorità nella definizione del concetto giuridico indeterminato».

Preme, però, evidenziare due ulteriori passaggi di detta pronuncia, secondo cui:

– non sarebbero ravvisabili vizi quando l'amministrazione supporti la propria determinazione con un articolato corredo di argomenti confermando la possibilità per il giudice di conoscere direttamente i fatti solo quando l'assenza di motivazione faccia sorgere dubbi sulla valutazione tecnico-scientifica effettuata nel procedimento e non già anche in presenza di una motivazione logica e coerente;

– sarebbero recessibili eventuali vizi, dei quali la parte ricorrente non abbia dimostrato la effettiva incidenza sull'erroneità del presupposto di fatto su cui si fonda il provvedimento impugnato, stigmatizzando la circostanza che «il ricorrente non li abbia dedotti mediante una precisa allegazione, tale da superare la mera assertività della censura».

Su questi due passaggi, occorre, a nostro avviso, soffermarsi per chiedersi, anzitutto, se oltre l'attendibilità, la logicità e la congruità della rappresentazione dei fatti dedotti nella motivazione delle misure di precauzione, non sia piuttosto la 'verità', quale che sia il suo significato, la condizione imprescindibile per l'applicazione della norma, a fronte del 'servizio' che il giudice deve rendere interpretando correttamente la legge indipendentemente dalle formulazioni linguistiche (più o meno determinate) utilizzate dal legislatore<sup>6</sup>.

Non a caso, di recente, Bruno Tonoletti riprende l'idea di una 'interpretazione definente'<sup>7</sup> proprio con riferimento alla legislazione amministrativa 'indeterminata'<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Sulla c.d. ricostruzione epistemica v., per tutti, M. TARUFFO, *Prova [dir. proc. civ.]*, in *Diritto on line Treccani* 2017, § 2; ID., *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 995 ss.; ID., *La verità nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1117 ss.; ID., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 665 ss.; ID., voce *Liberio convincimento del giudice: 1) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, Treccani, XVIII, Roma 1990, p. 1 ss.; ID., *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, III, t. 2, 1, Milano 1992, spec. p. 310 ss.; ID., *Il giudice e lo storico considerazioni metodologiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 438 ss.; nonché, da ultimo, L. PASSESANANTE, *Motivazione della sentenza e accertamento della verità nel pensiero di Michele Taruffo*, in *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 2021, p. 87.

<sup>7</sup> Così in occasione delle Giornate di studio sulla giustizia amministrativa, svoltesi a Modanella il 16 e il 17 giugno 2023, in ordine al tema "Sindacato sulla discrezionalità amministrativa e ambito del giudizio di cognizione", su cui, nella rivista *www.giustizia-insieme.it*, è possibile rinvenire l'anticipazione di alcuni contributi.

<sup>8</sup> Basti il rinvio all'opera magistrale di M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali. Un dialogo*, Pisa, 2021, p. 5. Sul tema, cfr., pure, F. MANGANARO, *Cenni sulla (in)certezza del diritto*, in G. DE GIORGI CEZZI, G. CORSO, G. MORBIDELLI,

Per un possibile inquadramento di tale tipo di interpretazione si ritiene possa essere utile rifarsi alla più recente giurisprudenza della Cassazione sul proprio sindacato di legittimità e sull'impiego, in essa presente, delle 'massime di esperienza', ossia di regole logico-argomentative elaborate in base all'osservazione della realtà<sup>9</sup>.

Il controllo di legittimità della Cassazione sulla «libertà» di convincimento del giudice di merito in ordine alla *quaestio facti*, si sostanzia nella verifica della «esattezza della massima di esperienza applicata», nonché della «congruità – o [...], in senso lato, verità – della premessa in sé considerata», e, dunque, dell'«intima coerenza» e «conciliabilità delle affermazioni operate».

Tale modello di controllo di legittimità può essere accostato al controllo del giudice amministrativo sull'applicazione da parte della pubblica amministrazione dei concetti giuridici indeterminati 'precisati', con il ricorso a 'fatti parametrici' costituiti dal modo in cui nella realtà storica operano 'evidenze ricorrenti'.

Ed invero, da ultimo, diversi Autori si orientano nella direzione di abbandonare il sindacato di ragionevolezza a favore, rispettivamente, di un sindacato di razionalità<sup>10</sup>, di un sindacato di proporzionalità in senso stretto fondato su un *test* di necessità condotto con metodo prognostico<sup>11</sup>, di un sindacato che verta su uno *standard* di congruenza narrativa<sup>12</sup>.

P.L. PORTALURI e F.G. SCOCA (a cura di), *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, t. I, Napoli, 2018, p. 487 s., anche per conferenti richiami, in materia, agli scritti di Nicolò Lipari e Fabio Merusi.

<sup>9</sup> Da ultimo, l'argomento è ripreso da V. BERLINGÒ, *La veritas del giudizio amministrativo di legittimità nel pensiero di Aldo Tigano secondo la cupida legum iuventus*, in *Liber amicorum per Aldo Tigano*, Napoli, 2023, p. 31 ss. Cfr., altresì, E. FABIANI, *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 604 ss., secondo il quale, ammesso e non concesso che di vera e propria discrezionalità del giudice civile si possa parlare con riferimento al potere dello stesso di applicazione della norma al fatto – e ciò dipende, chiaramente, anzitutto dal concetto di discrezionalità che si adotti –, si tratta, comunque sia, di una «discrezionalità limitata» (essendo il giudice comunque soggetto, nell'esercizio di tale potere, a limiti di carattere «procedimentale» e «sostanziale») il cui impiego deve essere «giustificato» e, in quanto tale, risulta pienamente compatibile con un controllo (anche in sede di legittimità). Sulla sindacabilità del vizio logico della motivazione in fatto v., anche per ulteriori richiami, F. RICCI, *Il velo squarciato: la Suprema Corte apre la porta al sindacato di legittimità sul giudizio di fatto*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 354 ss., p. 365 ss.

<sup>10</sup> A. ZITO, *Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa: prolegomeni per un inquadramento sistematico*, in *Nuove autonomie*, 2022, p. 87 ss.

<sup>11</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Il giudizio di proporzionalità e la base conoscitiva delle leggi*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 3 ss.

<sup>12</sup> A. CASSATELLA, *Decostruire la discrezionalità tecnica? Recensione a Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 761 ss.

Queste operazioni non possono, a nostro avviso, andare slegate dalla rilevanza attribuita dal Codice del processo amministrativo al rapporto tra poteri-doveri delle parti e ricerca della 'verità' nella cornice del principio del *giusto* processo di parti *regolato dalla legge* e, inoltre, da una verifica sul possibile inserimento, in seno alla struttura del processo amministrativo, di specifiche posizioni soggettive, ancorate a istanze veritative, previamente riconosciute come dotate di valenza precettiva ed adeguatamente asseverate da un coerente apparato sanzionatorio<sup>13</sup>.

Al riguardo, la più recente dottrina processual-civilistica propone di enucleare un vero e proprio *obbligo di chiarificazione* in seno al processo, da concepire come un obbligo di collaborazione gravante in capo alla controparte per il chiarimento dei fatti, adottati dall'attore. Alla inosservanza di tale obbligo seguirebbe l'applicazione di una *sanzione probatoria*, consistente nella valutazione del comportamento non collaborativo della parte ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c.

Se il principio dispositivo implica, in linea di massima, la necessità di riservare alle parti il potere di allegare i fatti e di introdurre le prove in giudizio, così escludendo ogni potere di supplenza del giudice, esso non impedisce, per converso, che le parti possano anche essere obbligate a farlo su un piano di reciprocità, soprattutto quando una di esse versa in una condizione di asimmetria informativa.

Sullo sfondo rimanendo, a sua volta, ferma la distinzione, propria del processo amministrativo, tra la narrazione del fatto, che consiste nella descrizione di un mero fatto storico, e l'invocazione dell'effetto giuridico riconducibile ad un vero e proprio atto di volontà, l'obbligo di chiarificazione, nel presidiare l'allegazione, quale dichiarazione informativa in ordine all'esistenza dei fatti storici, adempirebbe ad una sorta di funzione di sutura in seno alla sequenza fra introduzione del giudizio e rappresentazione del fatto, idonea a non rendere troppo gravoso l'onere della prova e rendendo residuali sia il ricorso al metodo acquisitivo, sia l'applicazione del principio di 'vicinanza della prova'.

Ritengo, infatti, che istituti come l'ordine di esibizione e di ispezione, con destinatari anche i terzi, secondo quanto disposto dall'art. 63, comma 2 c.p.a., faticerebbero a trovare una coerenza sistematica se diversamente inquadrati. Per non parlare della richiesta di chiarimenti, di cui all'art. 63, comma 1 c.p.a. In tale direzione sembra andare anche il C.G.A. con un'ordinanza cautelare dell'aprile scorso (estensore Marco Mazzamuto) in cui, in via istruttoria, si dispone la richiesta di chiarimenti.

<sup>13</sup> Per le implicazioni sistematiche connesse al sindacato del giudice amministrativo, cfr. V. BERLINGÒ, *Fatto e giudizio. Parità delle parti e obbligo di chiarificazione nel processo amministrativo*, Napoli, 2020, p. 61 ss.

Concludo, riprendendo la suggestione iniziale: ammettere un più articolato contenuto del giudizio di legittimità, ancorato alla legalità processuale, potrebbe offrire una rivisitazione dell'idea di giustizia amministrativa quale servizio. Secondo quanto indagato pure dal Professore Licciardello, superando le criticità a tale categoria imputate, sotto il profilo della separazione dei poteri, si restituirebbe in tal modo alle decisioni del giudice, se frutto della *piena cognitio* del fatto, il significato non già di una narrazione *politica*, ma di un comando foriero di conseguenze giuridiche precise. Esse rilevarebbero non solo in sede di riesame 'sistemico' dei rischi ma anche per quella funzione divulgativa della giustizia amministrativa, bene messa in evidenza da Giovanni Licata nel suo ultimo lavoro<sup>14</sup>. Senza dubbio, la *qualità* della decisione si accresce con *l'accrescimento qualitativo delle modalità* con cui essa viene presa. Non a caso, in tale prospettiva, un ruolo centrale viene assegnato alla massimazione c.d. '*di specie*', per definizione 'non mentitoria', con cui si affianca alla formulazione astratta della regola il riferimento alla vicenda concreta del caso in esame sul presupposto che il principio del giusto processo di parti, *come regolato dalla legge*, non può che favorirne la piena emersione<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> G. LICATA, *Trasformazioni della giustizia amministrativa*, Torino, 2023, p. 150.

<sup>15</sup> G. LICATA, *Trasformazioni della giustizia amministrativa*, *op. ult. cit.*, p. 150.

ANNALISA GIUSTI

## L'equilibrio costituzionale dell'effettività della tutela cautelare

SOMMARIO: 1. L'oggetto dell'indagine: principio di effettività e tutela cautelare, a partire dalla sentenza n. 137/2023 della Corte Costituzionale. – 2. I contenuti essenziali del conflitto di attribuzione deciso dalla Corte Costituzionale. – 3. L'equilibrio costituzionale fra effettività e atipicità della tutela cautelare nella soluzione del conflitto di attribuzione. – 4. Considerazioni finali.

1. L'evoluzione del processo amministrativo spesso è stata descritta attraverso le tappe che, sia la giurisprudenza che il legislatore, hanno percorso verso una maggiore effettività della tutela.

È recente però l'attenzione su alcune forme di tutela, di carattere prevalentemente giurisprudenziale, che paiono prospettare una iperestensione dell'effettività<sup>1</sup>, proponendo soluzioni eccentriche rispetto sia alla tradizionale portata applicativa delle norme processuali sia rispetto al modello di tutela offerto dal giudice amministrativo.

Apparenti o reali forzature del sistema sono state giustificate proprio dall'esigenza di offrire un grado maggiore di tutela al ricorrente: si pensi alla giurisprudenza sulla modulazione degli effetti della sentenza di annullamento<sup>2</sup> oppure alle questioni intorno all'eccesso di potere giurisdizionale<sup>3</sup>, entrambe ricordate nel corso di queste intense giornate di riflessione sulle prospettive della giustizia amministrativa.

Le brevi considerazioni che si propongono si concentrano sulla tutela cautelare, che da sempre ha rappresentato, non solo per il processo ammi-

<sup>1</sup> Prendendo in prestito questa efficace sintesi da G. TROPEA, *L'effettività "equitativa" della decisione del giudice amministrativo: il caso della modulazione nel tempo degli effetti della sentenza*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2023, p. 666.

<sup>2</sup> Vasta è ormai la dottrina sulla modulazione degli effetti della sentenza di annullamento. Sul punto, anche per i richiami bibliografici, sia consentito rinviare ad A. GIUSTI, *La «manomissione delle parole». Sentenza di annullamento e decisione amministrativa*, in M. RENNA, R. URSI (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, p. 333 ss. Di recente, si legga M. CONDORELLI, *La modulazione degli effetti della sentenza di annullamento*, Napoli, 2022.

<sup>3</sup> Il riferimento più immediato, anche con riguardo ai temi emersi nelle giornate di studio, è al c.d. caso Ranstad, deciso dalla Corte di Giustizia UE con la sentenza 21 dicembre 2021, n. 497 con riferimento alle questioni sollevate dalla Corte di Cassazione italiana a Sezioni Unite con l'ordinanza 18 settembre 2020, n. 19598.

nistrativo un avamposto di effettività, evitando che gli esiti del processo possano essere tardivi o inutili per la parte vittoriosa.

L'occasione per riflettere in che modo anche la tutela cautelare possa inserirsi nel recente accennato dibattito sull'iperestensione dell'effettività è una sentenza con cui la Corte Costituzionale<sup>4</sup> (la n. 137/2023) ha deciso un conflitto di attribuzione originato da due ordinanze cautelari del t.a.r. del Veneto<sup>5</sup>, pronunciate a seguito dell'impugnazione da parte di due comuni veneti del Piano faunistico venatorio. La scelta di concentrarsi su questa pronuncia è legata alle sollecitazioni che la soluzione della Corte offre non solo sulla relazione più classica fra effettività ed atipicità della tutela cautelare ma anche sul se – e in che misura – l'obiettivo dell'effettività della tutela non rischi di tradursi in uno strumento di distorsione e forzatura del sistema.

2. Per avere le coordinate essenziali del conflitto è necessaria una precisazione preliminare: il piano faunistico venatorio era stato approvato con legge regionale contenente la ridefinizione dei comprensori alpini e degli ambiti territoriali di caccia. Ad esso avevano fatto seguito i provvedimenti applicativi, che dettavano disposizioni per l'inserimento dei territori dei comuni ricorrenti secondo le indicazioni della legge e dei suoi allegati. I comuni interessati impugnavano con il ricorso principale l'approvazione del piano faunistico venatorio e successivamente, con motivi aggiunti, i provvedimenti applicativi, chiedendo non solo la sospensione cautelare e l'annullamento degli atti impugnati ma anche il mantenimento, sempre in via cautelare, delle forme speciali di tutela presenti nelle aree interessate e che il nuovo piano aveva escluso.

Il complesso sistema delle fonti coinvolte nel riassetto degli ambiti di caccia si rifletteva nell'articolata sequenza delle fasi processuali: oltre alle già menzionate azioni dei comuni ricorrenti, il t.a.r., con separata ordinanza, aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale della legge regionale<sup>6</sup>. Nelle more della sua definizione, i giudici veneti adottavano comunque un'ordinanza cautelare che, accogliendo la richiesta dei ricorrenti,

<sup>4</sup> Consultabile sul sito della Corte Costituzionale, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) e annotata da G. MENEGUS, *Piani e calendari venatori regionali e tutela cautelare dinanzi al giudice amministrativo*, in *Le Regioni*, 2023, 6, p. 1377.

<sup>5</sup> Sono le ordinanze cautelari del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sezione prima, 20 giugno 2022, n. 615 e 15 luglio 2022, n. 656.

<sup>6</sup> La questione è stata decisa dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 148/2023. Con questa pronuncia la Corte ha fra l'altro confermato l'anomalia dell'approvazione del Piano con una legge anziché con un atto amministrativo, ribadendo un proprio consolidato orientamento a favore di una riserva di amministrazione regionale sia sull'approvazione dei piani faunistico venatori sia per l'adozione dei calendari venatori. In proposito, si legga Corte Cost., n. 139/2017 e Corte Cost., n. 193 del 2013.

sospendeva, di fatto, le disposizioni della legge impugnata – oltre che degli atti applicativi – e di conseguenza, manteneva lo status *quo ante* l'approvazione del nuovo piano<sup>7</sup>.

Il conflitto di attribuzione sollevato dalla Regione Veneto nasceva da tale ordinanza, ritenuta espressione dell'esercizio di un potere abnorme, con il quale il tribunale amministrativo veneto avrebbe superato i limiti della propria giurisdizione. Disapplicando la legge regionale per giudicare sulla legittimità degli atti applicativi, avrebbe infatti disposto in modo generale e astratto in senso opposto ad essa, avrebbe leso la competenza legislativa residuale della Regione e le attribuzioni costituzionali proprie del Consiglio regionale. Infine, introducendo, di fatto, un sindacato accentratore avrebbe altresì violato il precetto dell'art. 102 Cost.

3. La Corte Costituzionale ha ritenuto il conflitto ammissibile ma infondato.

Occorre soffermarsi, singolarmente, su questi due aspetti, poiché in grado di offrire due chiavi di lettura interessanti per riflettere sull'effettività e i suoi possibili limiti.

La singolare articolazione degli atti con cui si è proceduto a cambiare il piano faunistico venatorio ha persuaso i giudici costituzionali dell'ammissibilità del conflitto, ritenendo le ordinanze del t.a.r. potenzialmente eccedenti i limiti della propria giurisdizione.

Come orientamento generale, infatti, la Corte Costituzionale<sup>8</sup> non esclude che i conflitti di attribuzione possano sorgere anche da pronunce degli organi giurisdizionali; ne ha però circoscritto l'ammissibilità solo ai casi in cui sia contestata in radice l'esistenza stessa del potere giurisdizionale, cioè quando si ritenga che l'atto che ha determinato il conflitto non sia riconducibile all'esercizio della funzione giurisdizionale. I conflitti riguardano dunque i limiti esterni e non quelli interni alla giurisdizione e il suo concreto esercizio<sup>9</sup>: non possono essere censurati gli *errores in procedendo*, per i quali valgono i rimedi previsti dai singoli ordinamenti processuali<sup>10</sup>.

Nel caso deciso, la Corte Costituzionale ha ritenuto che la contestazione cadesse su un'ordinanza cautelare sospensiva, interinalmente, della vigenza di una legge, nelle more del giudizio di legittimità costituzionale. I due atti – legge di approvazione del piano e provvedimenti applicativi –

<sup>7</sup> Su questa soluzione del tribunale amministrativo veneto, si rinvia al successivo paragrafo 3.

<sup>8</sup> Questo orientamento è richiamato dalla Corte stessa nella decisione sul conflitto. Si tratta delle sentenze n. 184 del 2022 e n. 90 del 2022 e, prima ancora, delle sentenze n. 22 del 2020, n. 2 del 2018, n. 235 e n. 107 del 2015.

<sup>9</sup> Sul punto, si veda la sentenza della Corte Costituzionale n. 252 del 2013, richiamata anch'essa nella pronuncia sul conflitto.

<sup>10</sup> Corte Cost., 16 ottobre 2003, n. 326 consultabile sul sito della Corte Costituzionale.

erano soltanto formalmente scindibili, ripetendo i secondi il contenuto della prima; l'atipicità della tutela cautelare si sarebbe estesa al punto da ammettere decisioni abnormi, quale la sospensione cautelare dell'efficacia di una legge, la sua disapplicazione e la temporanea sopravvivenza delle disposizioni anteriori.

La decisione del t.a.r. – se così interpretata – sembrava rimettere in discussione anche le soluzioni più consolidate sul rapporto fra tutela cautelare e giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Diverse sono state le ricostruzioni proposte<sup>11</sup>.

Seguendo un primo e più radicale orientamento, la domanda cautelare in cui la delibazione sul *fumus boni juris* si traduca nella disapplicazione di una norma ritenuta costituzionalmente illegittima, dovrebbe essere rigettata, poiché non solo, nei fatti, introdurrebbe un sindacato di legittimità diffuso ma anche perché, vigente la legge sospetta di incostituzionalità, non vi sarebbe neanche il *periculum in mora*, giacché nessuna situazione giuridica soggettiva sarebbe pregiudicata<sup>12</sup>. Seguendo un ulteriore orientamento<sup>13</sup>, invece, in linea col principio del sindacato accentrato della Corte Costituzionale, non potrebbe farsi altro se non sospendere il procedimento cautelare per rimettere la questione alla Corte. In entrambe le ipotesi, viene sacrificata la garanzia dell'effettività che solo la tutela cautelare può garantire, esponendo il ricorrente al pregiudizio derivante dal tempo necessario alla decisione del ricorso.

Per provare a conciliare il carattere accentrato del controllo di costituzionalità delle leggi e l'effettività della tutela cautelare, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha proposto una «forma limitata di controllo diffuso» che consente la concessione del provvedimento di sospensione in casi eccezionali, «quando gli interessi in gioco lo richiedano»<sup>14</sup>.

La soluzione maggioritaria, avallata dalla stessa Corte Costituzionale (a partire dalla sentenza n. 444/1990<sup>15</sup>) e fatta propria anche dal t.a.r. del Veneto, non esclude che la misura cautelare possa essere concessa ma ne condiziona la sopravvivenza all'esito del giudizio costituzionale, da instaurare contestualmente. Il procedimento cautelare viene così scomposto in due fasi: nella prima fase, meramente interinale, l'istanza cautelare dovrebbe

<sup>11</sup> Per una disamina esaustiva di tali orientamenti, v. G. MENEGUS, *Tutela cautelare e giudizio costituzionale*, Napoli, 2021. In proposito anche G. D'ANGELO, *La questione di legittimità costituzionale nella fase cautelare fra strumentalità della misura e 'sospensione' della legge*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2023, p. 714.

<sup>12</sup> Cass., Sez. lav., sentenza 12 dicembre 1991, n. 13415, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1819

<sup>13</sup> M. MONTANARI, *Provvedimento d'urgenza e questione di costituzionalità sollevata dal ricorrente a fondamento della sua istanza cautelare: un problema che si ripropone*, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, p. 161.

<sup>14</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., ordinanza 20 dicembre 1999, n. 2, in *Foro it.*, 2000, III, c. 9.

<sup>15</sup> Corte cost., sentenza 26 settembre 1990, n. 444, in *Giur. cost.*, 1990, II, p. 2647

essere accolta *ad tempus*, ovvero fino alla decisione della Corte costituzionale; nella seconda fase, invece, il giudice sarebbe chiamato a pronunciarsi, per così dire, “definitivamente”, tenendo conto proprio dell’esito del giudizio costituzionale. Il provvedimento *ad tempus* si configura perciò come misura di natura strettamente tecnica ed interinale, strumentale – secondo una logica tutta interna al procedimento d’urgenza – ad assicurare l’effettività della tutela cautelare.

Dichiarando ammissibile il conflitto, la Corte Costituzionale sembrerebbe rimettere in discussione quest’equilibrio, richiamando all’esigenza di arginare decisioni che, nel dichiarato intento di assicurare l’effettività della tutela, forzano i principi a fondamento del sistema processuale; è quanto potrebbe verificarsi laddove l’atipicità della tutela cautelare si dilati al punto tale da ammettere decisioni abnormi, quale potrebbe essere nel caso di specie la sospensione cautelare dell’efficacia di una legge, la sua disapplicazione e la temporanea sopravvivenza delle disposizioni anteriori.

I giudici costituzionali hanno però dichiarato il conflitto infondato riconducendo al binomio atipicità-effettività della tutela la soluzione proposta dal t.a.r. del Veneto; la disapplicazione delle disposizioni legislative del piano e la temporanea conservazione delle speciali forme di protezione previgenti sono le misure che, nel caso di specie, appaiono le «più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso»<sup>16</sup>. Non vi è dunque alcun rischio di superamento dei limiti della giurisdizione bensì la conferma della funzione dei provvedimenti cautelari quali strumenti atipici e necessari a garantire l’effettività della tutela.

4. In una conversazione tenuta nel 1978 proprio nell’Università di Catania<sup>17</sup> e ricordata anche nell’incontro odierno, Mario Nigro rifletteva su “il giudice amministrativo oggi”, indicando la necessità per il giudice amministrativo di «“recuperare” completamente la sua funzione di solutore dei conflitti», «collocandosi al centro dell’amministrazione... penetrando in essa più profondamente ed efficacemente». Ciò avrebbe significato per il giudice amministrativo, anche con l’aiuto del legislatore, raggiungere obiettivi di effettività oggi in parte conquistati: fra questi, più ampi poteri di cognizione, un maggior numero di azioni, l’arricchimento degli stru-

<sup>16</sup> È critico su questa conclusione G. MENEGUS, *Piani e calendari venatori regionali*, cit., p. 1383 secondo il quale la Corte avrebbe potuto maggiormente argomentare la propria pronuncia richiamando alla necessità di integrare l’effetto sospensivo del giudizio incidentale di costituzionalità con la necessità delle misure cautelari quando il primo da solo non sia sufficiente a evitare che l’applicazione di una legge sospetta di illegittimità costituzionale possa arrecare un pregiudizio irreparabile alle situazioni soggettive di cui si chiede tutela al giudice *a quo*.

<sup>17</sup> La conversazione è stata poi trasposta in M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, in *Foro it.*, 1978, Vol. 101, V, c. 161 ss. In particolare la citazione è a c. 169.

menti cautelari, l'esplicitazione degli obblighi nascenti per l'amministrazione dalla sentenza amministrativa di annullamento.

La conversazione di oggi, invece, sembra porci di fronte a una prospettiva quasi ribaltata in cui, di fronte alle difficoltà del decidere delle amministrazioni, il giudice amministrativo ha raccolto tali sollecitazioni fino a spingersi al limite del confine fra amministrare e giudicare, esercitando poteri atipici, giustificati dalla necessità di assicurare una tutela effettiva degli interessi coinvolti.

Nel caso da cui queste riflessioni hanno tratto spunto, la Corte Costituzionale – dichiarando infondato il conflitto – ha individuato nella peculiarità della tutela cautelare l'antidoto contro possibili forzature del sistema, pur paventate con la sua ammissibilità, evitando al giudice amministrativo di essere altro da sé: amministratore<sup>18</sup> se non legislatore<sup>19</sup>.

Nel contesto di queste intense giornate di studi dedicate alle “prospettive della giustizia amministrativa”, occorre però chiedersi fino a che punto l'avallo di poteri atipici in capo al giudice possa davvero tradursi in un grado maggiore di effettività; quanto, per concludere, giovi a una positiva idea di giustizia come servizio una manipolazione delle dinamiche del processo che porti il giudice non tanto a farsi garante della tutela del singolo quanto di un obiettivo equilibrio di interessi, affidando alle sentenze l'amministrare.

<sup>18</sup> Sul punto, v. A. GIUSTI, *La «manomissione delle parole»*, cit., p. 369.

<sup>19</sup> Il riferimento in questo caso è alle decisioni n. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sulle concessioni balneari. Si veda, in proposito, A. GIANNELLI, G. TROPEA, *Il funzionalismo creativo dell'Adunanza Plenaria in tema di concessioni demaniali marittime e l'esigenza del katékon*, in *Riv. it.dir. pub.com.*, 2021, p. 723.

FRANCESCO FABRIZIO TUCCARI

## Servizio giustizia, processo ed effettività della tutela: il caso delle cosiddette sentenze «di terza via»

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le cosiddette sentenze «di terza via» tra contraddittorio, pregiudizio effettivo e cooperazione processuale. – 3. Le indicazioni ritraibili dal “nuovo” art. 101, comma 2, c.p.c. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Uno degli osservatori privilegiati della transizione «[d]alla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio»<sup>1</sup> è ravvisabile, quasi come per un gioco di parole, proprio nella disciplina dei poteri del giudice, in particolare di quelli officiosi, in quanto specchio fedele del livello delle garanzie offerte dal sistema, quando ci si trovi nelle difficili terre di mezzo tra il principio dispositivo e quello dello *iura novit curia*<sup>2</sup>.

Emblematico, in questo senso, è il precetto contenuto nell’art. 73, comma 3 del codice del processo amministrativo, a termini del quale «[s]e ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice la indica in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest’ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie»<sup>3</sup>.

In questo modo è stato codificato e disciplinato il fenomeno, già attenzionato dalla giurisprudenza, delle cosiddette sentenze «di terza via»<sup>4</sup>, in

<sup>1</sup> G.D. COMPORI, *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in ID. (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana. Studi*, Firenze, 2016, vol. VII, p. 7 ss.

<sup>2</sup> In argomento, per tutti, cfr. G. DE GIORGI CEZZI, *Poteri d’ufficio del giudice e caratteri della giurisdizione amministrativa*, in AA.VV., *Principio della domanda e poteri d’ufficio del giudice amministrativo*, Annuario A.I.P.D.A. 2012, Napoli, 2013, p. 9 ss.

<sup>3</sup> Per un’applicazione dell’art. 73, comma 3, di poco successiva all’entrata in vigore del codice del processo amministrativo, Cons. St., Ad. Plen., 2 dicembre 2010, n. 3, in *Urb. e app.*, 2011, 1, p. 326 ss., con commento di A. TRAVI, *La Plenaria interviene sul c.p.a.: segnalazione da parte del giudice delle questioni rilevabili d’ufficio e concessione del beneficio dell’errore scusabile*.

<sup>4</sup> In argomento cfr. per tutti, F. SAIITA, *La «terza via» e il giudice amministrativo: la «questione rilevata d’ufficio» (da sottoporre al contraddittorio) tra legislazione e giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, p. 827 ss.; nonché lo studio monografico di G. CREPALDI,

cui la problematicità del rapporto tra i due richiamati principi raggiunge, probabilmente, la sua acme<sup>5</sup>.

Trattasi di fenomeno che, già all'approccio, necessita di un chiarimento, posto che le altre formule correntemente utilizzate per farvi riferimento (cosiddette sentenze «a sorpresa»<sup>6</sup>, «solitarie» o «solipsisticamente adottate»<sup>7</sup>), alternative e fungibili tra di loro sul piano linguistico e concettuale, non possono essere considerate semplici varianti lessicali della locuzione «sentenze “di terza via”», trattandosi di espressioni che alludono a fenomeni e concetti i quali, pur se aventi matrice comune, rimangono tuttavia distinti e diversi.

Da qui l'opportunità di una figurata previa azione qualificatoria che, restando nella metafora, potrà essere, per dirla con i giusprivatisti e a seconda del punto di vista da cui ci si pone, di regolamento di confini o di apposizione di termini.

E infatti, se entrambi questi tipi di sentenze, «di terza via» e tutte le «altre», traggono origine da una questione che sia stata rilevata d'ufficio, il loro discrimine risiede nella sottoposizione o meno della questione stessa al contraddittorio.

Ne consegue che non tutte le sentenze «di terza via» possono dirsi, perciò soltanto, anche pronunce «a sorpresa» o similari, dovendosi piuttosto qualificare come tali esclusivamente quelle fondate su questioni rilevate d'ufficio ma non condivise con le parti; ciò, ovviamente, a meno che non si tratti di questioni che le parti hanno trascurato (per negligenza) o tralascia-

*Le pronunce della terza via. Difesa e collaborazione nel processo amministrativo*, Torino, 2018. Per una prospettiva d'insieme dello stato dell'arte della materia, prima dell'emanazione del codice del processo amministrativo, v. F. CEGLIO, *Le sentenze della “terza via” nel processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 8, p. 905 ss.

<sup>5</sup> A. CASSATELLA, *La modulazione degli effetti delle sentenze amministrative e i limiti della creatività giurisprudenziale*, in A.G. OROFINO, O. RENAUDIE (sous la direction de/a cura di), *Le juge administratif et ses pouvoirs. Il giudice amministrativo e i suoi poteri*, Milano, 2024, p. 119 ss., spec. p. 129, nel fare riferimento alla «fisiologica creatività del giudice», che «pone in crisi il dogma dell'efficacia dichiarativa dell'interpretazione sottesa all'accertamento giudiziale», precisa a nota 21 «Il problema è, invero, più vasto e concerne i limiti dell'attività di qualificazione ed interpretazione della domanda giudiziale da parte del giudice, entro la cornice rappresentata dalle previsioni dell'art. 32 c.p.a. e dal contrasto latente fra autoreponsabilità della parte nella fissazione dell'oggetto della controversia e principio dello iura novit curia. Il contrasto si è fatto palese soprattutto con riferimento alle c.d. sentenze di “terza via” o a sorpresa, connesse all'emersione di questioni rilevabili d'ufficio in corso di causa [...]».

<sup>6</sup> L. BERTONAZZI, *Forma e sostanza nel processo amministrativo: il caso delle sentenze “a sorpresa” e dintorni*, in G.D. COMPORTELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio*, cit., p. 1059 ss., nonché in *Dir. proc. amm.*, 2016, 4, p. 1048 ss.; M.T. D'URSO, *Le sentenze “a sorpresa” o della “terza via”*, in *Riv. Corte conti*, 2022, 2, p. 70 ss.

<sup>7</sup> R. COSTANTINO, *Principio del contraddittorio e decisioni della “terza via”*, in *Amm. e Cont. St. ed Enti Pub.*, 2011, 2 (pp. 26), p. 1; M.T. D'URSO, *Le sentenze*, cit., pp. 72-78.

to (per strategia difensiva) di sollevare, ché in questo caso non è profilabile una pronuncia «a sorpresa» né, quindi, la necessità della sua sottoposizione al confronto tra i contendenti<sup>8</sup>.

2. Fatta questa precisazione, può rilevarsi come, a seguito di quanto disposto dal richiamato art. 73, comma 3<sup>9</sup>, oggi nessuno sembri più dubitare che il fondamento dell'obbligo per il giudice di segnalare alle parti la questione da lui rilevata d'ufficio sia quello del rispetto del basilare principio del contraddittorio<sup>10</sup>, considerato nella sua duplice accezione orizzontale e verticale che evoca il rapporto tra le parti e, rispettivamente, quello tra esse e il giudice.

Nondimeno la disposizione in esame, sia per come formulata sia per come interpretata e applicata, ha messo capo ad altre questioni, la prima delle quali, derivante dalla mancata previsione, almeno in via diretta, delle conseguenze della violazione di quanto ivi previsto, è stata avvertita come problema di sistema che, in qualche misura, è aggravato dal confronto con la (quasi) coeva disposizione del codice di procedura civile, il quale invece sanziona di nullità le sentenze di «terza via» pronunciate anche «a sorpresa»<sup>11</sup>.

Di fronte al pur possibile rinvio esterno al codice di procedura civile previsto dall'art. 39 c.p.a., la persuasiva soluzione, interna al sistema, offerta dalla giurisprudenza<sup>12</sup>, vale a dire l'annullamento con rinvio della sentenza *ex art. 105, comma 1, c.p.a. per error in procedendo* derivante da «violazione del contraddittorio e del diritto di difesa»<sup>13</sup>, rileva per almeno due aspetti.

<sup>8</sup> Come ben chiarito da G. CREPALDI, *Le pronunce della terza via*, cit., p. 3.

<sup>9</sup> E, ancor prima, dall'art. 111 Cost.: sul punto, per tutti, cfr., in giurisprudenza, Cons. St., sez. V, 8 marzo 2011, n. 1462; in dottrina, M. ANTONIOLI, *Riflessioni in tema di giurisdizione della responsabilità degli amministratori delle società in mano pubblica, di sollecitazione del contraddittorio su questioni rilevabili d'ufficio ed effetti negli altri processi delle sentenze delle Sezioni unite che si pronunciano sulla giurisdizione* (nota a Corte conti, sez. III giur. centr. app., 5 novembre 2012, n. 707), in *Dir. proc. amm.*, 2014, 2, p. 524 ss., spec. pp. 533-536.

<sup>10</sup> Tra le tante, in giurisprudenza, Cons. St., sez. IV, 27 dicembre 2022, n. 11348.

<sup>11</sup> Cfr. art. 101, comma 2, secondo periodo, cod. proc. civ., introdotto dall'art. 45, comma 13 della l. n. 69/2009: «[...] Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione».

<sup>12</sup> Fin da Cons. St., sez. V, n. 1462/2011, cit.

<sup>13</sup> Cfr. per tutte, oltre alle pronunce richiamate nella nota precedente, Cons. St., sez. V, 27 novembre 2011, n. 5970; sez. IV, 8 febbraio 2016, n. 478, 2 gennaio 2019, n. 5; sez. VI, 19 giugno 2017, n. 2974, 13 agosto 2018, n. 4941, 1° aprile 2019, n. 2151 e 30 gennaio 2020, n. 757; sez. II, 13 dicembre 2021, n. 8277; sez. III, 26 aprile 2022, n. 3124. Fa riferimento al sistema degli artt. 73, comma 3 e 105, comma 1 del c.p.a. Ad. Plen., 5 settembre 2018, n. 14, sia pure per escludere che l'omessa pronuncia possa essere equiparata a una sentenza «a sorpresa».

Sul piano teorico-sistematico, essa mette in luce (e valore) la diversa impostazione normativa dei due sistemi processuali quanto a natura e consistenza, dichiarativa in quello civile e costitutiva in quello amministrativo, del potere attribuito al giudice, con evidenti implicazioni nel ruolo assegnatogli all'interno della fattispecie astratta e rivestito nell'ambito di quella concreta.

In termini sistematico-disciplinari, la soluzione in esame comporta che le pronunce «di terza via» che non siano state rese anche «a sorpresa», ferma restandone ovviamente l'eventuale nullità o ingiustizia, non potranno essere considerate erranee per violazione del contraddittorio ma, semmai, potranno esserlo per profili diversi.

La dottrina, nel prendere atto del principio così affermato, si è chiesta se esso valga automaticamente e indistintamente per tutte le questioni rilevate d'ufficio e non sottoposte al contraddittorio; o se, invece, vi siano “zone franche” dalla operatività degli artt. 73 e 105 e, nel caso, quali.

L'opinione pressoché unanime fa leva, in linea con i principi affermati dalla giurisprudenza, sulla tradizionale funzione di garanzia delle parti assolta dal contraddittorio, che perciò rappresenta un bene/interesse/valore assoluto, come tale da assicurarsi sempre e comunque<sup>14</sup>.

Nel secondo senso la tesi, rimasta isolata, di chi, muovendo dall'annossa *querelle* processualcivile sulla nullità “a prescindere” o meno della sentenza «a sorpresa»<sup>15</sup>, individua il fondamento del precetto contenuto nell'art. 73 nel contraddittorio inteso, piuttosto, come strumento conoscitivo finalizzato alla «giustizia della decisione»<sup>16</sup>, per poi distinguere tra sentenze che, in relazione al tipo di questione rilevata d'ufficio e posta a base della decisione, sono potenzialmente idonee ad arrecare un pregiudizio effettivo al diritto di difesa e sentenze che invece non lo sono. Nei confronti delle prime, pronunciate su questioni di fatto o miste (di fatto e di diritto), opera senz'altro il meccanismo degli artt. 73 e 105<sup>17</sup>; non così per le seconde, rese su questioni di puro diritto, dovendosi ragionare invece in termini di

<sup>14</sup> Ai richiamati contributi di F. SAIITA, G. CREPALDI, F. CEGLIO (cfr. nota 3) e M. ANTONIOLI (cfr. nota 8), *adde* M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, p. 100 ss.

<sup>15</sup> *Querelle* per i cui riferimenti bibliografici e giurisprudenziali si rinvia a L. BERTONAZZI, *op. loc. cit.*

<sup>16</sup> L. BERTONAZZI, *Forma e sostanza*, cit., p. 167 ss.

<sup>17</sup> Da notare come l'A. faccia discendere il rinvio al primo giudice dalla «nullità (‘virtuale’) della sentenza ‘a sorpresa’» (*op. ult. cit.*, p. 160), anziché dal suo annullamento; principio, questo, che si ritrova anche in alcune pronunce giurisprudenziali come, ad es., Cons. St., sez. II, n. 8277/2021: «[...] la violazione dell'art. 73, comma 3, del codice del processo amministrativo comporta la nullità della sentenza di primo grado per violazione dell'incomprimibile diritto di difesa, presidiato dagli articoli 24 e 111 della Costituzione, il che integra una delle tassative ipotesi di rimessione della causa al primo giudice previste dall'art. 105, comma 1, del codice del processo amministrativo».

«giustizia»/«ingiustizia», anziché di «validità»/«invalidità», della decisione che non abbia previamente sottoposto la questione al contraddittorio<sup>18</sup>.

A supporto di questa impostazione si evidenzia come, nel dibattito processualciviltistico, alle medesime conclusioni siano pervenuti, sebbene con polifonia di accenti, anche coloro i quali predicano una nozione funzionalmente combinata o integrata di contraddittorio, «ove coesistono le due anime (di garanzia delle parti e di *instrumentum veritatis*)»<sup>19</sup>, oppure ricollegano la problematica in esame al diverso e meno stringente principio di reciproca collaborazione tra il giudice e le parti, la cui violazione non dà luogo a nullità, ma rileva, semmai, sotto il profilo disciplinare<sup>20</sup>.

Orbene, se l'assumere in tesi l'una o l'altra funzione del contraddittorio, così come il combinarle o integrarle tra loro, costituisce il frutto di una scelta di campo, il meccanismo della previa sottoposizione alle parti, anche delle questioni rilevate d'ufficio che siano di puro diritto, dovrebbe operare, se non altro per ragioni di opportunità, pure nell'ipotesi in cui si acceda all'idea del contraddittorio come *instrumentum veritatis*. Ciò perché sembra indubitabile il beneficio che può trarne la formazione del convincimento del giudice sulla rilevanza della questione ai fini del decidere, ancor prima e oltre che sul merito della stessa.

Il contraddittorio, dunque, come «metodo», se non l'unico possibile, certamente quello, ossia *il* metodo per antonomasia che, non soltanto identifica a vista il processo, ma che oramai va sempre più caratterizzando anche il resto<sup>21</sup>.

Prova ne sia che, indipendentemente dalla funzione che si ritenga di dover attribuire al contraddittorio, questa impostazione sia riscontrabile in purezza e pienezza anche nel procedimento amministrativo, per definizione meno garantistico del processo, considerata la prevista inapplicabilità dell'art. 21-*octies*, comma 2, secondo periodo della l. n. 241/1990 «[...] al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-*bis*»<sup>22</sup>; disposizione, quest'ultima, che mette convenzionalmente capo a un'ipotesi di vero e proprio contraddittorio e non di semplice partecipazione<sup>23</sup> procedimentale.

<sup>18</sup> Il che non dovrebbe escludere che anche per queste sentenze possa valere quanto si è detto nel testo con riferimento alle pronunce «di terza via» che non siano anche «a sorpresa», ossia che esse, oltre a essere ingiuste, possano essere annullabili (per motivi diversi dalla violazione del contraddittorio) o nulle.

<sup>19</sup> L. BERTONAZZI, *Forma e sostanza*, cit., p. 168, a cui si rinvia per gli ulteriori richiami di dottrina e di giurisprudenza.

<sup>20</sup> *Op. ult. cit.*, p. 162 ss.

<sup>21</sup> In questo senso, G. CREPALDI, *Le pronunce della terza via*, cit., pp. 10-11.

<sup>22</sup> Cfr. art. 21-*octies*, comma 2, terzo periodo della l. n. 241/1990.

<sup>23</sup> Nei cui confronti opera, sussistendone i presupposti, il regime delle illegittimità non invalidanti previsto, appunto, dall'art. 21-*octies*, comma 2, secondo periodo della l. n. 241/1990.

Ciò posto, anche a voler ritenere che la sottoposizione al contraddittorio della questione rilevata d'ufficio sia ascrivibile al principio collaborativo, che il c.p.a. declina dichiaratamente in termini di cooperazione<sup>24</sup> «per la realizzazione della ragionevole durata del processo»<sup>25</sup>, non sembrano esservi elementi per revocare in dubbio la piena e indistinta operatività della regola contenuta nell'art. 73. E infatti, se la questione viene rilevata in udienza, la sua indicazione a verbale non incide in alcun modo sulle tempistiche processuali, essendo prevista soltanto la possibilità di discuterla oralmente *illico et immediate*<sup>26</sup>; se invece essa emerge dopo il passaggio in decisione, l'assegnazione del termine per il deposito di memorie, pur obiettivamente spostando in avanti la definizione della controversia, non sembra tuttavia di per sé sola idonea a compromettere la «ragionevole» durata del processo, vieppiù considerando che non sono contemplati termini per eventuali repliche.

Ché anzi, se le parti hanno illustrato a dovere le rispettive posizioni, trattasi di previsione che può perfino contribuire a contenere la durata del processo, agevolando la formazione del convincimento conclusivo, a beneficio dei tempi di redazione della sentenza e della tendenziale minor esposizione di quest'ultima a impugnative di sorta, con la conseguente possibile deflazione del contenzioso e, così, anche dell'ulteriore durata della controversia complessivamente considerata.

In quest'ordine di idee, il richiamato criterio del pregiudizio effettivo finirebbe per rivestire valenza neutra, considerato che esso trae origine proprio dal principio di ragionevole durata, al cui interno ha trovato fer-

<sup>24</sup> Vocabolo, questo, inteso da alcuni come sinonimo di “collaborazione” e da altri come avente un significato autonomo, che al confronto con quest'ultima può identificare, a seconda delle tesi in campo e dei settori o delle specifiche attività prese in considerazione, qualcosa di più o, all'opposto, di meno. Quanto alla valenza semantica del sintagma all'interno del codice del processo amministrativo, dalla disamina complessiva dell'articolato sembra emergere l'idea della cooperazione come collaborazione il cui *quid pluris* sta nella reciprocità e condivisione dell'obiettivo e, ancor prima, del percorso per raggiungerlo.

<sup>25</sup> V. art. 2, comma 2.

<sup>26</sup> Cfr. Cons. Giust. Amm., sez. giur., 27 luglio 2012, n. 721, che, in considerazione del divieto di rinviare la causa ad altra udienza, ha escluso l'obbligo per il giudice di assegnare un termine per il deposito di memorie, anche quando vi sia un'espressa richiesta delle parti in questo senso; critica, nei confronti di questa soluzione, F. POLLASTRO, *Rilevabilità d'ufficio delle questioni da cui può dipendere la decisione a garanzia del contraddittorio*, in *Il Merito.org*, 3 dicembre 2018 (p. 9), che evidenzia come la sua ragion pratica, ossia la garanzia del principio della ragionevole durata del processo, non andrebbe considerata in assoluto, dovendo essere necessariamente temperata con il principio di effettività della tutela, anche nella prospettiva di evitare «una eccessiva strozzatura e compressione del confronto tra le parti, con la possibilità peraltro di determinare decisioni “deboli”, più facilmente attaccabili tramite impugnazioni» (p. 6). In argomento, v. altresì F. SAITTA, *Nova in appello e sentenze della ‘terza via’: quando il giudice amministrativo ha troppa fretta di decidere* (nota a Cons. Giust. Amm., sez. giur., 16 giugno 2021, n. 534), in *GiustAmm.it*, 2021, 6 (p. 12).

tile terreno di sviluppo, soprattutto quando, a seguito dell'inserimento di quest'ultimo tra i principi costituzionali del giusto processo, il baricentro del sistema di tutela giurisdizionale è andato progressivamente spostandosi in questa direzione<sup>27</sup>.

3. Senonché, il criterio del pregiudizio effettivo, consacrato nell'omonimo principio e identificato anche mediante altre espressioni<sup>28</sup>, pur essendo rimasto al momento estraneo al sistema processuale amministrativo, è stato recentemente codificato all'interno di quello civile, dove invero già operava a livello di diritto vivente<sup>29</sup>, per effetto della c.d. «riforma Cartabia»<sup>30</sup>, che ha introdotto, subito prima della disposizione sulla nullità delle sentenze «a sorpresa», quasi a mo' di cappello introduttivo, la previsione secondo cui «[i]l giudice assicura il rispetto del contraddittorio e, quando accerta che dalla sua violazione è derivata una lesione del diritto di difesa, adotta i provvedimenti opportuni»<sup>31</sup>.

Occorre dunque farvi cenno per le indicazioni che possono ritrarsene sia rispetto al processo civile sia, allargando il campo d'osservazione, in una prospettiva di carattere più generale.

Presente nel dibattito processualcivilistico fin dalla metà del XIX secolo, e rimasto estraneo alla sistematica del codice di rito del 1940 che si è orientato sulla diversa regola del raggiungimento dello scopo<sup>32</sup>, il principio in parola, ispirato all'antico canone francese «*pas de nullité sans grief*»<sup>33</sup>, ha preso piede all'ombra del principio di ragionevole durata del processo, per svilupparsi in misura e con pervasività e pregnanza tali da indurre la giurisprudenza ad affermare l'esistenza di un diritto «[...] al rispetto delle regole del processo» nel solo caso in cui, «[...], appunto in dipendenza dalla loro violazione», si sia «[...] subito un concreto pregiudizio»<sup>34</sup>.

<sup>27</sup> In giurisprudenza cfr., tra le tante, Cass., sez. III, 13 luglio 2018, n. 18522; in dottrina, per una prospettiva monografica, v. R. DONZELLI, *Pregiudizio effettivo e nullità processuali*, Napoli, 2020.

<sup>28</sup> Per poter identificare il principio del pregiudizio effettivo si è dapprima fatto riferimento alla teoria del nesso, poi al principio della causalità del vizio e, successivamente, al principio di offensività della nullità.

<sup>29</sup> Per una prospettiva d'insieme v., in giurisprudenza, Cass., sez. III civ., 26 settembre 2023, n. 27424 (ord.); in dottrina, R. DONZELLI, *Pregiudizio effettivo*, cit.

<sup>30</sup> Cfr. art. 3, comma 7, d.lgs. n. 149/2022.

<sup>31</sup> Cfr. art. 101, comma 2, primo periodo, c.p.c.

<sup>32</sup> Per un'accurata ricostruzione delle dinamiche evolutive del principio in esame, si rinvia a R. DONZELLI, *op. ult. cit.*, p. 2 ss., anche per gli ulteriori indispensabili richiami bibliografici e giurisprudenziali.

<sup>33</sup> Le cui prime tracce risalgono almeno al XVII secolo: sul punto cfr., oltre al richiamato lavoro di R. DONZELLI, anche M. STELLA, *Nullità processuali e tutela del contraddittorio. Combien est effective le préjudice effective?*, in *Dir. proc. civ. it. comp.*, 2022, 4, p. 385 ss.

<sup>34</sup> Per tutte, Cass., SS.UU., 9 agosto 2018, n. 20685; sez. III, n. 27424/2023, cit.

Di fronte alle varie e serrate critiche dottrinali, volte a negare diritto di cittadinanza al principio del pregiudizio effettivo<sup>35</sup> o comunque a circoscriverne drasticamente in vario modo l'ambito di operatività<sup>36</sup>, la stessa giurisprudenza ha poi chiarito che «non è necessaria l'individuazione di un pregiudizio "altro" (*id est*, un pregiudizio effettivo ulteriore), da porre a fondamento della sanzione di nullità, rispetto alla lesione dei diritti processuali essenziali», primi su tutti il contraddittorio e, più in genere, il diritto di difesa<sup>37</sup>.

In quest'ordine di idee, a meno di voler ipotizzare un'improbabile "dietrofront" da parte della riforma<sup>38</sup>, l'unica lettura compatibile e coerente con il quadro di riferimento venutosi a formare nel frattempo sembra essere quella di ricollegare l'accertamento del pregiudizio effettivo, ai fini della pronuncia dei provvedimenti opportuni, alle ipotesi in cui le modalità di determinazione del contraddittorio non risultino affatto disciplinate o siano disciplinate soltanto in parte dalla legge e, dunque, vadano affidate, in tutto o per mera differenza, alle determinazioni del giudice<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Assumendo la violazione del principio di legalità, sulla scorta della considerazione che, «se le regole che fissano e limitano, anche in modo meticoloso, i poteri del giudice vengono liberamente interpretate dai giudici stessi, allora la funzione di garanzia che il codice ha si perde, e il giudice si arroga un nuovo potere che la legge non gli riconosce, e che è quello di superare le regole del processo»: così R. CAPONI, D. DALFINO, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, *In difesa delle norme processuali*, in *Foro it.*, 2010, I, 6, c. 1794 ss.

<sup>36</sup> Chi evidenziando che la violazione del contraddittorio, indipendentemente da come lo si intenda (presidio di garanzia delle parti o *instrumentum veritatis*), non richiede la dimostrazione di un pregiudizio ulteriore (F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2023, I. *Principi generali*, p. 34 ss.); chi evidenziando la sovra-ordinazione valoriale del principio del contraddittorio e del diritto di difesa rispetto ai principi della ragionevole durata del processo e del pregiudizio effettivo (R. CAPONI, D. DALFINO, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, *In difesa delle norme processuali*, cit., spec. c. 1796); chi escludendo l'operatività del principio del pregiudizio effettivo nei confronti delle nullità rilevabili d'ufficio e testuali (V. CAPASSO, *Legge vs. principi: le Sezioni Unite chiamate a riscrivere la disciplina della nullità degli atti processuali*, in *Corr. giur.*, 2021, 6, p. 838 ss.), nonché di quelle extraformali (di tutte, come ritiene D. AMADEI, *Presupposti processuali, invalidità della sentenza ed impugnazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1, p. 103 ss., o soltanto di quelle «radicali», come invece afferma A. BRIGUGLIO, *Violazione del contraddittorio e sistema delle impugnazioni (mito e realtà del carattere autonomamente invalidante della violazione)*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 1 p. 127 ss.); chi riconducendo il principio del pregiudizio effettivo al divieto di abuso del processo, la cui violazione, lungi dall'impedire l'esercizio della facoltà di eccepire una nullità formale, può al più comportare una responsabilità *ex art.* 96 c.p.c. (R. DONZELLI, *Pregiudizio effettivo*, cit., p. 175 ss.)

<sup>37</sup> Per tutte, Cass., SS.UU., 25 novembre 2021, n. 36596, in *Foro it.*, 2022, I, 1, c. 117 ss., con nota di V. CAPASSO, *Quando la nullità «fait nécessairement grief»: le sezioni unite e l'intrinseca offensività della nullità da violazione del contraddittorio*; sez. III, n. 27424/2023, cit.

<sup>38</sup> Come pure ritenuto da C. DELLE DONNE, *Contraddittorio e "pregiudizio effettivo" dopo la Riforma Cartabia*, in *Judicium.it*, 2023, 1, p. 145 ss., che però auspica una differente lettura della novella, rispettosa cioè del principio del contraddittorio.

<sup>39</sup> Per tutti, F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile, Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2023, p. 22 ss.; R. DONZELLI, *Note sul nuovo art.*

4. A conclusione di queste brevi riflessioni, che in realtà costituiscono soltanto l'avvio di un più ampio percorso d'indagine, è possibile affermare che nel processo amministrativo, così come d'altronde nel processo civile, gli assetti di disciplina, di diritto scritto e di diritto vivente, delle c.d. sentenze «di terza via» assicurano il giusto contemperamento delle ragioni dell'effettività con quelle dell'efficienza e dell'efficacia<sup>40</sup>.

Nel prisma di questo tipo di sentenze, che evocano la suggestiva figura del c.d. «giudice programmato»<sup>41</sup>, è nitidamente visibile la peculiarità del servizio giustizia, da intendersi qui non solo e non tanto in senso aziendalistico e prestazionale ma, probabilmente ancor prima e oltre, come «*service public* «à la française»»<sup>42</sup>, ossia come funzione e al tempo stesso come servizio alla cui stregua «l'esercizio della *iurisdictio* implica un potere che tuttavia si confronta con quello delle parti in un perfetto equilibrio»<sup>43</sup>.

Se la cifra distintiva della transizione richiamata in premessa consiste nel «reinterpretare» l'antica «specialità» del giudice amministrativo per metterla «a completo servizio» dei cittadini<sup>44</sup>, lo strumento principe che ne permette la realizzazione è quello del (vero) processo di parti, che per essere (realmente) tale postula, da un lato, la parità tra queste ultime e, dall'altro, il confronto tra il potere del giudice e quello delle stesse parti a cui si è appena fatto riferimento.

Il caso delle c.d. sentenze «di terza via» ne costituisce una delle riprove più evidenti.

101 c.p.c., in *Riv. dir. proc.*, 2023, 1, p. 214 ss.; V. CAPASSO, *Note sul (nuovo?) contraddittorio post d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, tra apprezzabili conferme e qualche occasione perduta*, in *Dir. proc. civ. it. comp.*, 2023, 1, p. 77 ss.; F. SAVINO, *Sul rapporto tra nullità della sentenza e pregiudizio effettivo: la modifica dell'art. 101 c.p.c. comma 2, pur evocando il pregiudizio effettivo e facendo riaffiorare i dubbi che le Sezioni Unite avevano chiarito, non fonda il possibile riconoscimento normativo, ivi*, 2024, 1, p. 96 ss.; M. STELLA, *Il giudice garante del contraddittorio: il novellato art. 101 c.p.c. e i riflessi in materia di invalidità processuale*, in *Il Diritto Processuale Civile.it*, 2024, 1, p. 102 ss.

<sup>40</sup> Riprendendo il titolo del lavoro del volume collettaneo a cura di G.D. COMPORTI, *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*.

<sup>41</sup> C. GRAZIOSI, *La terza via e il giudice programmato: spunti sistemici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 2, p. 511 ss., che però, ai fini della nullità delle norme processuali violate, sostiene la tesi della necessità del pregiudizio effettivo.

<sup>42</sup> In argomento, per tutti, E. BRILLET, *Le service public «à la française»: un mythe national au prisme de l'Europe*, in *L'Ec. pol.*, 2004, 4, p. 20 ss.; J.L. SILICANI, *Libro bianco sull'avvenire dei funzionari pubblici. Per la Francia del domani* (Prefazione all'edizione italiana e traduzione a cura di R. Cavallo Perin e B. Gagliardi), Napoli, Jovene, 2011, p. 16 ss.

<sup>43</sup> In questo senso, S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, Milano, XIX, 1970, p. 224 ss.; l'espressione tra virgolette è di G. DE GIORGI CEZZI, *Giustizia (amministrazione della)*, in *Enc. dir.*, Milano, *I Tematici, III. Funzioni amministrative* (dir. da B.G. Mattarella e M. Ramajoli), 2022, pp. 566 ss., 570.

<sup>44</sup> Così G.D. COMPORTI, *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, cit., pp. 38 e 40.



CARLO EMANUELE GALLO

## Conclude

1. Sono stato ben lieto dell'invito ricevuto a partecipare a questo importante ed interessante convegno presso l'Università di Catania, che è la sede ove ho prestato l'anno di servizio quale professore straordinario, ove ho conosciuto colleghi divenuti amici, tra i quali in particolare Ignazio Marino, e dove sono presenti colleghi ed amici che hanno organizzato questo convegno, tra i quali, in particolare, il Prof. Sebastiano Licciardello e il Prof. Giovanni Licata.

Il convegno, come risulta dal suo articolato programma, ha una ambizione, che al termine dei lavori possiamo ritenere soddisfatta, di ricostruire lo stato della giustizia amministrativa sulla base delle esperienze precedenti ed in relazione alle prospettive future. La completezza del programma, e l'autorevolezza dei relatori, che fanno onore al Dipartimento che ci ospita, sono state accompagnate, e va detto perché nei convegni universitari è importante, da una attività di accoglienza e di sostegno veramente encomiabile.

2. Le tre sessioni nelle quali si è articolato il convegno corrispondono al titolo del medesimo: la prima sessione si è occupata di passato e presente nella giustizia amministrativa, individuando le conseguenze e i collegamenti tra l'esperienza originaria del Consiglio di Stato, l'attuale attività del plesso composto anche dai Tribunali Amministrativi Regionali ed il futuro nella prospettiva di una possibile applicazione dell'intelligenza artificiale; la seconda sessione si è occupata della formazione giurisprudenziale del diritto amministrativo, riconoscendo il ruolo centrale che la giurisprudenza ha avuto per la configurazione di questo processo, non potendosi peraltro dimenticare che in tanto la giurisprudenza può operare in quanto vi siano degli avvocati che assistono i cittadini che si rivolgono ad essa ed in quanto vi siano degli studiosi che chiariscono la portata dei singoli istituti che ricostruiscono il sistema; la terza sessione ha affrontato profili problematici sempre attuali, ma forse ancor più importanti ora, quali i rapporti tra la giustizia come funzione e la giustizia come servizio, il significato del processo e il conseguimento della effettività della tutela.

In ogni sessione tutti gli intervenuti hanno fornito dei contributi analitici e completi di speciale interesse.

Una considerazione preliminare che va comunque formulata è che in tutti gli interventi è risultato come la funzione della giustizia amministrati-

va sia essenziale per garantire l'effettività della forma di stato democratico nel quale viviamo, poiché la giustizia amministrativa assicura la correttezza dei rapporti tra cittadini e potere pubblico, i primi elementi costituenti di ogni ordinamento giuridico, il secondo presenza indispensabile per il progresso della collettività.

Va detto, ne eravamo convinti prima, ma a maggior ragione ne siamo convinti ora dopo la celebrazione del convegno, che la valutazione complessiva dell'attività del giudice amministrativo è stata da parte di tutti positiva, pur con varietà di accenni.

Le sessioni sono state presiedute da professori e magistrati di particolare rilievo, i quali tutti nei loro interventi, misurati fra una relazione e l'altra, hanno non solo collegato i singoli argomenti ma formulato puntuali valutazioni: e così, vanno sottolineati i contributi della Prof.ssa Maria Immordino, presente quale professore e quale già giudice del Consiglio di giustizia amministrativa della regione siciliana, del Presidente Pancrazio Savasta, Presidente del T.A.R. Sicilia, Sezione staccata di Catania, del Prof. Francesco Manganaro, professore e Presidente dell'Associazione Italiana dei professori di Diritto amministrativo.

3. Nella prima sessione è stato evidenziato il ruolo significativo che il Consiglio di Stato ha avuto nel formarsi del nostro ordinamento, ruolo che è stato di progresso anche sociale: il Prof. Licciardello ha ricordato gli interventi del Consiglio di Stato già alla fine dell'800, al fine di garantire la parità dei sessi nell'accesso a borse di studio e assicurare la protezione dei migranti.

Possiamo ben dire che questo atteggiamento si è protratto per tutte le esperienze del giudice amministrativo, con prese di posizione nette anche durante il periodo fascista, con una scelta mirata di inserimento di elementi importanti per l'affermazione della tutela, talvolta anche con iniziative che non sono state subito comprese da una lettura affezionata a impostazioni sistematiche intese più come una gabbia interpretativa che come un motore evolutivo nella ricostruzione del quadro unitario dell'ordinamento. Il riferimento può essere al fatto che il Consiglio di Stato già subito dopo il 1923 aveva cominciato a pronunciare sentenze di condanna in sede di giurisdizione esclusiva, ritenendo che queste sentenze fossero il completamento della nuova tutela affidata alle sue cure, incontrando però la resistenza della letteratura che riteneva che si trattasse di una possibilità di pronuncia estranea alle origini del Consiglio di Stato e alla sua configurazione e poi l'opposizione della Corte di Cassazione fondata su una lettura codicistica dei titoli esecutivi.

In questo caso, la duttilità del giudice amministrativo, attento alle problematiche che aveva di fronte, non è riuscita a prevalere sulle opinioni rigide e aprioristiche circostanti. Fortunatamente, diversa è stata la situazio-

ne in ipotesi successive, per esempio a proposito della ricostruzione della categoria degli atti paritetici oppure a proposito della ricostruzione delle modalità di formazione del silenzio inadempimento e delle possibilità di sua contestazione (quanto meno nelle pronunzie dell'Adunanza plenaria del 1978).

È pur vero che, per altri aspetti, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, pur ben più disinvolta nei confronti del potere discrezionale di quanto non sia il giudice ordinario, ha utilizzato in molte occasioni una tecnica prudente, di *self restraint*, che ha limitato possibilità di sviluppo peraltro ragionevoli dello stesso processo: il riferimento può essere, come si dirà più oltre, allo stato in cui versa l'azione di adempimento, che nella gran pluralità delle sue manifestazioni non riesce a condurre all'attribuzione al cittadino del bene della vita, e cioè del provvedimento espresso favorevole al quale ha titolo.

Valutando l'esperienza in modo complessivo, può senz'altro condividersi l'opinione (espressa dal Prof. Police) sul fatto che il giudice amministrativo si è adeguato progressivamente alla realtà che cambia e soprattutto alle nuove esigenze dei cittadini, pur non avendo mai mutato la sua configurazione originaria; il mantenimento di questa configurazione corrisponde del resto alla funzione del giudice amministrativo e al carattere particolarmente significativo che, nel sistema costituzionale, ha la possibilità attribuita a questo giudice di annullare i provvedimenti dell'amministrazione anche quando il cittadino non sia titolare di una posizione di diritto soggettivo, essendo stata elaborata la configurazione della posizione di interesse legittimo. Si tratta di un arricchimento delle possibilità di tutela, come del resto è evidente esaminando la giurisprudenza dei paesi nei quali questa configurazione non è stata individuata ed anche esaminando la giurisprudenza della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo, che si muove con difficoltà nei confronti delle manifestazioni del potere amministrativo. Del resto, è ben noto che le direttive dell'Unione Europea in materia di contratti del 2014 hanno fatto espresso riferimento alla posizione di interessi, facilmente intellegibili come interessi legittimi.

Questa caratteristica originaria sempre presente e importante del giudice amministrativo (sottolineata dal Prof. Mazzamuto) è stata riconosciuta e confermata dal Codice del processo amministrativo, che dobbiamo qualificare come uno strumento che ha consolidato le esperienze giurisprudenziali, e da questo punto di vista si fonda sul passato, ma che ha introdotto anche novità significative, sia pure accennate, per esempio in materia di giudizio sul silenzio, che possono consentire di proiettare una luce favorevole anche sul futuro, sol che giudice amministrativo e letteratura intervengano a sostegno essendo sostanzialmente irrilevante l'operato del legislatore perché il giudice amministrativo mantiene una sua autonomia interpretativa pur in presenza di interventi del legislatore, favorito in

questo dalla disarmonicità dell'ordinamento amministrativo stesso e dalla congerie delle norme che vengono continuamente prodotte dal Parlamento e dall'esecutivo.

Certamente questa situazione e questo atteggiamento della giurisprudenza fanno sì che le opinioni del giudice amministrativo manifestate nelle sentenze abbiano una varietà di accenti e una capacità di incisione che porta a sottolineare come le medesime non costituiscano soltanto puntuale applicazione della legge. Ma, va detto, è da tutti riconosciuto che il giudice non può più essere la semplice bocca della legge, poiché l'originaria aspirazione ad un sistema unitario e coerente si è rivelata irrealizzabile e per il vero non è stata realizzata mai; ne consegue che è indispensabile che il giudice amministrativo, e il giudice in genere, svolga la sua attività tenendo presente l'esigenza di garantire la giustizia nei rapporti, in questo caso fra amministrazione e cittadino, al limite anche al di là di quanto il legislatore irragionevolmente non preveda. Certo, il giudice deve applicare la legge e se non ritiene che la legge sia costituzionalmente legittima la deve rimettere alla Corte Costituzionale, unica competente a eliminarla dall'ordinamento; ma è altrettanto vero che è assolutamente pacifico, sia nella giurisprudenza della Corte Costituzionale che nella giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che l'interprete è tenuto ad effettuare ogni tentativo per risolvere in modo autonomo le antinomie normative, che possono consistere anche nel contrasto della legge con la norma fondamentale o nell'insufficienza della legge rispetto alle esigenze che l'ordinamento riconosce, dovendo perciò assumere su di sé il rischio di non ricorrere al *non liquet*. Il giudice non può rinunciare allo svolgimento della sua funzione per il fatto che l'ordinamento non sembra consentire di affermare la giustizia nei rapporti: il giudice deve garantire la giustizia dei rapporti, sapendo che molto spesso l'applicazione rigida del diritto è un'ingiustizia: questo è il significato dell'antico brocardo *summum ius summa iniuria*. È pur vero che occorre evitare (come ci ha ricordato anche il Prof. Saitta) che vi siano ipotesi di creazionismo giurisprudenziale ingiustificate: ma è altrettanto doveroso riconoscere che in realtà il giudice amministrativo non si è mai dedicato a questo tipo di attività, e che al limite il suo creazionismo può essere stato una mancata applicazione integrale delle novità normative, che non è esattamente l'accusa che vien fatta da chi è preoccupato per gli interventi troppo liberi della giurisprudenza. D'altro canto, però, anche questi critici (in questo caso proprio il Prof. Saitta) riconoscono che occorre valorizzare una ragionevole discrezionalità dell'interprete giudice, per consentire all'esito del giudizio di essere adeguato rispetto alla realtà nella quale interviene.

Si è detto che il giudice amministrativo si comporta nei confronti delle scelte anche processuali del legislatore con una certa libertà, anche se il legislatore è intervenuto sempre, ma in questi tempi più di frequente, con

una serie di disposizioni che tentano di orientare il giudice amministrativo in un senso piuttosto che in un altro sulla base di esigenze tutto sommato contingenti (si pensi a tutta la disciplina in tema di PNRR, alla quale ha dedicato attenzione il Prof. Cintioli).

Ma proprio a fronte di queste novità normative, che sono episodiche, occorre che il giudice amministrativo mantenga il suo orientamento saldo e non rinunci alla funzione di sindacato giurisdizionale che gli è propria, e che può comportare anche un intervento celere in sede cautelare per sospendere l'esecuzione di un provvedimento illegittimo, proprio nell'ottica di evitare che si consolidi una situazione che poi conduce ad esperire un'azione risarcitoria, che peraltro il giudice amministrativo in realtà non intende consentire.

La giustizia amministrativa deve cioè mantenere questa sua funzione di adeguamento delle regole alla realtà che cambia alla luce dei principi costituzionali.

Le considerazioni che si sono fin qui formulate vanno confermate anche con riferimento all'impatto dei nuovi strumenti dell'intelligenza artificiale. Ed infatti (come ha sottolineato il Presidente Neri) anche nei confronti dell'esito dell'attività dell'intelligenza artificiale occorre che vi sia uno spazio di valutazione da parte del giudice amministrativo, che tenga conto dell'esigenza che tutti i provvedimenti dell'amministrazione, pure emessi in forma informatica o derivanti dall'applicazione di algoritmi, devono garantire la giustizia oltre che la legittimità.

Di fronte all'intelligenza artificiale non si deve essere particolarmente preoccupati: l'intelligenza artificiale è creata dall'uomo e come tutte le creazioni dell'uomo deve essere comprensibile dall'uomo stesso e dev'essere chiarita dall'esperto, che l'ha organizzata, alla collettività e a maggior ragione al giudice che deve valutarne la corrispondenza al diritto. Non vi possono essere conclusioni incomprensibili: tutte le conclusioni sono comprensibili, si tratterà di comprenderle attraverso un procedimento più complesso, più elaborato.

Se l'amministrazione ha scelto un procedimento gestito dall'intelligenza artificiale, e perciò complesso, si deve occupare di rendere chiara anche la *black box* poiché non vi possono essere delle scatole all'interno delle quali il giudice e insieme al giudice gli avvocati delle parti, e perciò i cittadini non possano guardare. Se l'amministrazione non è in grado di chiarire come sia arrivata a certe conclusioni la conseguenza è soltanto che queste conclusioni devono essere considerate illegittime poiché non è ammesso nel nostro ordinamento che vi sia una scelta non ripercorribile dal giudice: anche il merito è ripercorribile dal giudice, pur con il limite che, nei confronti del merito il giudice non potrà giungere alla pronuncia caducatoria, perché solo l'amministrazione in quel caso è competente ad effettuare una valutazione degli interessi che non trova nella legge i suoi parametri di riferimento.

4. È comprensibile, tenuto conto del ruolo che la giurisprudenza amministrativa ha svolto e svolge, che il convegno abbia dedicata tutta la seconda sessione alla formazione giurisprudenziale del diritto amministrativo.

Il ruolo della giurisprudenza amministrativa, esistente già all'origine e per buona parte del secolo scorso, allorché la legislazione in tema di amministrazione pubblica era limitata (come sottolinea il Prof. Licata nella sua introduzione), è presente tutt'ora, anche perché gli interventi del legislatore finalizzati a moltiplicare le regole e anche a dettare principi che il giudice debba seguire non sono certo in grado di definire il corretto assetto dei rapporti in tutte le fattispecie che le realtà sempre in evoluzione sottopone ai cittadini, alle amministrazioni e di conseguenza alla giurisprudenza. Il giudice dovrà in ogni caso risolvere il problema, come già si è detto; è pur vero però che se la situazione è più complessa e se gli interventi del legislatore si moltiplicano, occorre che il giudice sia assistito, in questa sua indagine, non soltanto dagli avvocati delle parti, il cui ruolo è essenziale per configurare l'oggetto del giudizio, ma anche dalla letteratura amministrativistica che deve sempre cercare di ricostruire i lineamenti del sistema in modo da individuare le costanti e da delineare le prospettive. Quanto è stato sottolineato nella prima sessione, e cioè il rilievo del passato per la configurazione del presente e per l'immaginazione del futuro, mantiene integralmente la sua rilevanza. Soltanto ricordando come si è sviluppata la funzione giurisdizionale amministrativa si possono risolvere i problemi dell'oggi e del domani.

Ciò vale particolarmente con riferimento al ruolo dei principi che il legislatore ha iniziato a dettare con maggior frequenza (ed ai quali ha dedicato intelligente attenzione il Presidente Durante). La legislazione di principio, infatti, non elimina la necessità di un intervento del giudice anzi lo richiede, sia perché il principio va declinato nella realtà concreta sia perché la legislazione per principi non è idonea a fornire regole certe per la soluzione delle singole fattispecie: di per sé il principio è di carattere generale e ne occorre una concretizzazione, i principi molto spesso sono contraddittori o generici, la pubblica amministrazione si trova in difficoltà nell'adeguarsi ai principi perché condizionata dall'abitudine a ricercare norme specifiche. Occorre l'intervento del giudice per evitare che il rapporto del cittadino con la parte pubblica sia un rapporto nel quale il primo si trova in perenne difficoltà. È del resto noto che l'amministrazione è spesso portata ad interpretare le norme esclusivamente a suo favore e che per questa ragione molte semplificazioni anziché servire al cittadino sono semplificazioni che l'amministrazione considera come dettate nel suo particolare interesse, il che non deve essere nel modo più assoluto.

Soltanto il giudice amministrativo può evitare questa conclusione e in questo senso dev'essere però, va detto, più audace di quanto non sia ora, occorrendo compiere delle scelte più significative, per far cadere degli atteggiamenti che il legislatore spesso introduce soltanto sulla spinta dell'esi-

genze dell'amministrazione (si pensi alla giurisprudenza rigorosa nelle procedure a sportello, nelle quali ogni errore del partecipante si ritorce a suo danno, con violazione dei principi generali in materia di soccorso istruttorio), in questo supportato necessariamente dalla letteratura.

Il dialogo fra giurisprudenza e letteratura è stato una costante nei rapporti fra accademia e giudice amministrativo (come ha ben ricordato il Prof. Cortese). Ogni epoca storica ha avuto le sue caratteristiche, ma può dirsi che il ruolo dei rapporti fra giudici e professori anche nell'ambito delle riviste giuridiche è particolare significativo in questo senso.

Spetta alla letteratura, in quest'ottica, ricordare per esempio il ruolo significativo della collegialità nella definizione delle controversie, che consente una discussione plurisoggettiva in ordine alla individuazione della soluzione corretta e che deve evidentemente limitare le possibili aperture a favore di un rito monocratico ad ipotesi urgenti e tutto sommato non definitive (come ha sottolineato la Prof.ssa Romeo).

Il ruolo della giurisprudenza è poi particolarmente significativo se si tien conto che proprio negli ultimi decenni è stata sottolineata la funzione della nomofilachia e cioè della possibilità per gli organi di vertice delle giurisdizioni di dettare delle regole interpretative che devono essere seguite dai giudici di merito o comunque in qualche misura subordinati.

La nomofilachia ha la funzione di garantire la certezza del diritto e la certezza del diritto è un bene per il cittadino, che in questo modo riesce a comprendere qual è in concreto la regola che deve rispettare. Ma la nomofilachia non può trasformarsi in una regola rigida e vincolante per i singoli giudici, i quali sono soggetti soltanto alla legge e debbono valutare caso per caso qual è il significato concreto delle regole che applicano.

Il ruolo dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, così come delle Sezioni Unite della Cassazione o delle Sezioni riunite della Corte dei Conti, è un ruolo di indirizzo, che in tanto può affermarsi in quanto persuasivo, che di per sé non è perenne ma è suscettibile di ragionevole revisione, di modo che il concorso degli organi di vertice e degli altri giudici amministrativi è un concorso virtuoso di soggetti ciascuno dei quali autonomo che si preoccupano di far sì che l'interpretazione dell'ordinamento corrisponda ai valori costituzionali, e perciò in particolare ai valori fissati negli artt. 24, 103, 113 (in questo senso è la conclusione della relazione del Prof. Spasiano).

Questo sistema dà luogo a quello che è stato definito (dal Consigliere Dato) l'esercizio circolare della funzione nomofilattica, che coinvolge complessivamente sia il Consiglio di Stato che i T.A.R., anche se i T.A.R. non sono di per sé soggetti alle pronunzie dell'Adunanza plenaria: è tutto il sistema giurisdizionale amministrativo infatti che deve cooperare perché l'interpretazione, sia a livello di individuazione di principi che di fissazione delle regole, faccia fare un passo avanti alla tutela del cittadino e di conseguenza all'attività della pubblica amministrazione.

D'altro canto, il diritto è in un rapporto dialettico con la realtà e soltanto con questo perenne adeguamento può svolgere la sua funzione.

5. Nella terza sessione sono stati affrontati una serie di argomenti di carattere più specifico, particolarmente significativi per verificare come in concreto il sistema giustizia amministrativa funzioni.

Non può essere dimenticato, a questo proposito (e lo ha sottolineato il Prof. Clarich) che nel nostro ordinamento la presenza di più giudici che valutano i provvedimenti amministrativi e i comportamenti dell'amministrazione costituisce un elemento di complicazione notevole; ma va sottolineato come il pluralismo anche in questo caso debba essere considerato un valore, e occorra che i singoli giudici si comportino in modo da completare l'uno con l'altro il controllo nei confronti dell'attività amministrativa e non in modo da affermare la propria signoria su questo o su quell'altro settore. Per il raggiungimento di questo risultato ovviamente va evitata la moltiplicazione dei riti, che rende più difficile l'individuazione dei confini e va garantita una maggiore qualità nella produzione degli atti giuridici processuali, sia di parte che del giudice amministrativo: compatibilmente ovviamente con le esigenze di rispettare una tempistica ragionevole nella pubblicazione delle sentenze.

Gli argomenti che si sono svolti valgono anche, e forse a maggior ragione, con riferimento all'intervento dell'intelligenza artificiale, che è già presente in numerose scelte dell'amministrazione (come ha ricordato il Presidente Corradino). L'intelligenza artificiale deve poter essere verificata in sede giurisdizionale, e il giudice amministrativo deve attrezzarsi per verificarla sia nella fase iniziale, e cioè nel momento in cui l'amministrazione sceglie quale procedimento seguire e quale mezzo di intelligenza artificiale utilizzare, sia nel momento finale, allorché cioè viene adottato il provvedimento emanato attraverso l'utilizzazione dell'intelligenza artificiale. È inevitabile, trattando di pubblica amministrazione, che le conoscenze di pochi siano tradotti in modo da poter essere comprensibili da molti. Il cittadino non può rinunciare al controllo del giudice amministrativo, a maggior ragione ove si consideri che in questo settore si confrontano società commerciali di particolare spessore, che sono in grado di operare per esigenze anche non conosciute che rispondono esclusivamente al loro interesse.

L'intelligenza artificiale non interpella solo i magistrati ma anche gli avvocati (come ha ricordato l'Avv. Greco, Presidente del Consiglio Nazionale Forense) e deve essere valutata con favore l'iniziativa del Consiglio Nazionale Forense volta a organizzare un portale a favore degli avvocati che consenta di avere dei meccanismi e degli strumenti che siano caratterizzati da una indipendenza rispetto ai poteri economici di cui qui si è detto.

È più che evidente, alla luce di quanto ora ricordato, che la giustizia amministrativa è una funzione, che peraltro dev'essere esercitata rispettando

i criteri del servizio pubblico e cioè in termini di efficienza e qualità del risultato (come ha sottolineato la Prof.ssa Margherita Ramajoli).

Occorre che il giudice amministrativo si attrezzi per effettuare questo sindacato, in modo da procedere innanzi nel controllo dell'attività dell'amministrazione, cosa che effettivamente non sempre compie, essendo molto restio a intervenire sul controllo in fatto (per esempio attraverso la CTU). Ne consegue che è la letteratura che dovrà anche in questo operare con una forma di stimolo, abbandonando interpretazioni formalistiche che corrispondono soltanto a criteri astratti di perfezione del sistema.

6. Le relazioni e gli interventi della tavola rotonda della terza sessione sono stati completati con interventi liberi svolti in chiusura dell'ultima giornata del convegno. Questi interventi hanno evidenziato elementi significativi che compongono un quadro unitario, dalla sottolineatura sulla necessità di valutare il fatto (Prof.ssa Berlingò) alla necessità di stimolare l'azione di adempimento (Consigliere Commendatore), alla sottolineatura del ruolo della tutela cautelare (Prof.ssa Giusti), all'individuazione di elementi critici quali il regime delle competenze o anche l'applicazione delle regole sulla privacy (Avv. Immordino), alla sottolineatura della necessità che il controllo sulla discrezionalità sia ampio e completo, poiché la discrezionalità è la caratteristica dell'attività amministrativa (Prof. Tiganp), alla sottolineatura del ruolo del contraddittorio anche con riferimento alle sentenze della terza via (Prof. Tuccari).

Anche in quest'ultima fase congressuale, perciò, l'attenzione al ruolo della giustizia amministrativa è apparsa costante e centrale nella individuazione di un percorso unitario che parte dal 1889, arriva ad oggi e continuerà anche in futuro, per il raggiungimento dell'obiettivo fissato in Costituzione della tutela del cittadino nei confronti dell'attività amministrativa affinché sia perseguito correttamente l'interesse pubblico.

Per i tipi Giuffrè

1. A. CONIGLIO, *Osservazioni al progetto preliminare del codice di procedura civile* (esaurito).
2. C. SANFILIPPO, *Pauli Decretorum Libri Tres* (1938), (esaurito).
3. G. GRASSETTI, R. NICOLÒ, M. PETRONCELLI, *Osservazioni e proposte sul progetto del secondo libro del codice civile* (1938), p. 137.
4. M. SCARLATA FAZIO, *La successione codicillare* (1939), p. 220.
5. M. GIORGIANNI, *Il negozio d'accertamento* (1939), (esaurito).
6. M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, I. (1940), (esaurito).
7. G. ASTUTI, *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito*, II. (1941), p. XII, 336.
8. M. GIORGIANNI, *La dichiarazione di morte presunta* (1943), (esaurito).
9. C. SANFILIPPO, *Condictio indebiti. - I. Il fondamento dell'obbligazione da indebitum* (1943), p. 98.
10. C. CARISTIA, *Pietro Giannone "giureconsulto" e "politico". Contributo alla storia del giurisdizionalismo italiano* (1947), p. 148.
11. C. COSENTINI, *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini*, I. (1948), p. XII, 274.
12. C. SANFILIPPO, *Bibliografia romanistica italiana [1939-1949]* (1949), p. 102.
13. G. CATALANO, *Le ultime vicende della Legazia apostolica in Sicilia. Dalla controversia liparitana alla legge delle guarentigie [1711-1871]* (1950), p. X, 234.
14. C. COSENTINI, *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini*, II. (1950), p. 200.
15. S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, I. (1952), p. IX, 264.
16. S. DI PAOLA, *Confessio in iure*, I. (1952), p. IV, 106.
17. C. COSENTINI, *Condictio impossibilis* (1952), p. VIII, 208.
18. G. OLIVERO, «*Dissimulatio*» e «*tolrantia*» nell'ordinamento canonico (1953), p. 208.
19. C. CARISTIA, *Scritti giuridici, storici e politici. I. Scritti giuridici* (1953), p. VIII, 496.
20. F. LA ROSA, *I peculi speciali in diritto romano* (1953), p. 248.
21. A. PAVONE, *Il registro delle imprese* (1954), p. XII, 664.
22. S. DI PAOLA, *Saggi in materia di "hereditatis petitio"* (1954), p. VIII, 124.
23. C. CARISTIA, *Scritti giuridici, storici e politici. II. Scritti storici e politici* (1955), p. VIII, 536.
24. S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa* (1956), p. IV, 416.
25. C. COSENTINI, *Miscellanea romanistica* (1956), p. IX, 265.
26. E. GRASSO, *L'espropriazione della quota* (1957), p. XXIV, 368.
27. C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio* (1957), p. VIII, 360.
28. F. LEONARDI, *Introduzione allo studio del comportamento sociale* (1958) (esaurito).
29. F. DURANTE, *Ricorsi individuali ad organi internazionali* (1958), p. VIII, 176.
30. F. FINOCCHIARO, *Uguaglianza giuridica e fattore religioso* (1958), p. VIII, 328.
31. C. SAPIENZA, *Conversione e consecuzione dei procedimenti concorsuali* (1958), p. VII, 224.
32. D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti* (1959), p. IV, 248.
33. S. PULEO, *I diritti potestativi (individuazione della fattispecie)* (1959), p. IV, 244.
34. R. PROVINCIALI, *Norme di diritto processuale nella costituzione* (1959), p. VIII, 204.

35. F. LA ROSA, *Studi sull'«actio iudicati»* (1960), p. IV, 216.
36. M. CONDORELLI, *I fondamenti giuridici della tolleranza religiosa nell'elaborazione canonistica dei secoli XII-XIV. Contributo storico-dogmatico* (1960), p. IV, 172.
37. S. CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici* (1962), p. IV, 203.
38. G. NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante i «potestati subiecti»* (1960), p. XVI, 496.
39. E. GIARDINA, *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva* (1961), p. VIII, 480.
40. C. LAZZARA, *Il contratto di locazione* (1961), p. VIII, 260.
41. P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico* (1962), p. IV, 244.
42. I. ANDOLINA, *Profili dogmatici della esecuzione forzata espropriativa*, I. (1962), p. IV, 428.
43. V. PIANO MORTARI, *L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale* (1962), p. VIII, 232.
44. F. DURANTE, *L'ordinamento interno delle Nazioni Unite* (1964), p. XLIV, 448.
45. V. FROSINI, *La struttura del diritto*, sesta ed. (1977), p. XII, 280.
46. F. LA ROSA, *L'«actio iudicati» nel diritto romano classico* (1963), p. IV, 228.
47. C.M. BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento* (1963), p. VI, 330.
48. F. FINOCCHIARO, *La «laicità» dello Stato in Francia* (1963), p. VIII, 146.
49. V. FROSINI, *La ragione dello Stato* (1963), p. VIII, 184.
50. E. GRASSO, *La pronuncia di ufficio*. I. *La pronuncia di merito* (1967), p. VIII, 348.
51. M. CONDORELLI, *Destinazione di patrimoni e soggettività giuridica nel diritto canonico. Contributo allo studio degli enti non personificati* (1964), p. VIII, 192.
52. N. SALANITRO, *L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni* (1965), p. IV, 264.
53. *Studi in onore di Gaetano Zingali* (1965), 3 Voll.:  
Vol. I. *Economia, finanza e statistica*, p. XVI, 672;  
Vol. II. *Diritto pubblico*, p. IV, 656;  
Vol. III. *Diritto privato e storia del diritto*, p. IV, 664.
54. G. NICOSIA, *Studi sulla «deiectio»*, I. (1965), p. 184.
55. P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici* (1969), p. IV, 300.
56. A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale* (1971), p. IV, 236.
57. A. VITALE, *La dichiarazione del fallimento* (1967), p. VIII, 248.
58. N. PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano* (1968), p. XII, 256.
59. N. SALANITRO, *Gli acquisti del coniuge del fallito* (1969), p. XII, 292.
60. S. LA ROSA, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali* (1968), p. IV, 352.
61. O. CONDORELLI, *Scritti sul diritto e sullo Stato* (1970), p. XXXVI, 576.
62. I. ANDOLINA, *Introduzione alla teoria del titolo esecutivo, Fondamento e limiti del principio «non est inchoandum ab executione»* (1968), p. IV, 176.
63. P. PETINO, *Rapporto di amministrazione e rapporto di lavoro subordinato* (1968), p. 308.
64. C. LAZZARA, *I rapporti agrari consuetudinari in Sicilia nell'attuale momento legislativo* (1969), p. IV, 200.
65. G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo* (1969), p. VIII, 272.
66. A. LA PERGOLA, *Residui «contrattualistici» e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti* (1969), p. VIII, 456.
67. *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*. Tavola rotonda presso l'Istituto di Diritto Privato (1970), p. IV, 252.
68. V. FROSINI, *Teoremi e problemi di scienza giuridica*, ristampa inalterata (1975), p. VIII, 284.
69. A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, ristampa inalterata (1974), p. XII, 370.
70. N. SALANITRO, *Il fallimento dell'imprenditore defunto* (1974), p. XII, 164.
71. L. ARCIDIACONO, *Organizzazione pluralistica e strumenti di collegamento* (1974), p. IV, 168.

72. S.E. BATTIATO, *La tassazione dei trasferimenti della ricchezza a titolo gratuito* (1974), p. IV, 416.
73. G. LO CASTRO, *Personalità morale e soggettività giuridica nel diritto canonico* (1974), p. IV, 252.
74. N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d. C.* (1974), p. XII, 292.
75. *Studi in memoria di Orazio Condorelli* (1974), 3 Voll.:  
 Vol. I. p. VIII, 464.  
 Vol. II. p. IV, 465-926.  
 Vol. III. p. IV, 927-1408.
76. P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella Società per azioni* (1975), p. IV, 220.
77. A. VITALE, *I debiti della massa nel fallimento* (1975), p. 204.
78. G. ZICCONI, *Le cause «sopravvenute» di non punibilità* (1975), p. 148.
79. E. SCIACCA, *Le radici teoriche dell'assolutismo nel pensiero politico francese del primo cinquecento (1498-1519)* (1975), p. VIII, 184.
80. V. DI CATALDO, *Il concordato fallimentare con assunzione* (1976), p. IV, 284.
81. V. GUELI, *Scritti vari* (1976), 2 Voll.:  
 Tomo I. p. VIII, 752.  
 Tomo II. p. IV, 753-1376.
82. S. SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa* (1977), p. 292.
83. T.A. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità* (1978), p. IV, 228.
84. F. D'AGOSTINO, *Per un'archeologia del diritto* (1979), p. VIII, 164.
85. V. DI CATALDO, *L'imitazione servile* (1979), p. IV, 228.
86. A. BELFIORE, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali* (1979), p. IV, 620.
87. G. BIVONA, *I contratti d'integrazione verticale in agricoltura* (1979), p. IV, 138.
88. M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico* (1980), p. IV, 248.
89. L. ARCIDIACONO, *Profili di riforma dell'amministrazione statale* (1980), p. IV, 288.
90. G. BARONE, *Aspetti dell'attività interna della pubblica amministrazione* (1980), p. IV, 132.
91. M. PARADISO, *Il danno alla persona* (1981), p. IV, 320.
92. A. D'ATENA, *Le Regioni e la Comunità Economica Europea* (1981), p. IV, 136.
93. E. ZAPPALÀ, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale* (1982), p. VIII, 288.
94. F. D'AGOSTINO, *Diritto e secolarizzazione (Pagine di Filosofia giuridica e politica)* (1982), p. XII, 324.
95. I. ANDOLINA, *Contributo alla dottrina del titolo esecutivo* (1982), p. IV, 140.
96. *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* (1982) 7 Voll.:  
 Vol. I. p. XII, 768.  
 Vol. II. p. IV, 780.  
 Vol. III. p. IV, 784.  
 Vol. IV. p. IV, 800.  
 Vol. V. p. IV, 804.  
 Vol. VI. p. IV, 788.  
 Vol. VII. p. IV, 812.
97. M. TEDESCHI - G. CATALANO - P. BELLINI - P. LOMBARDA - E.G. VITALI - M. CONDORELLI - F. FINOCCHIARO - L. DE LUCA, *Storia e dogmatica nella scienza del diritto ecclesiastico* (1982), p. IV, 212.
98. R. VIGO, *Libertà e divieti nella circolazione delle notizie bancarie* (1983), p. IV, 212.
99. R. MACCARRONE, *Profili sistematici dell'effetto espansivo esterno della sentenza di riforma* (1983), p. IV, 216.

100. F. D'AGOSTINO, *BIA Violenza e giustizia nella filosofia e nella letteratura della Grecia Antica* (1983), p. XII, 132.
101. S. PETTINATO, «*Sollicitudo pro universa ecclesia*» (1983), p. VIII, 180.
102. T.A. AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare* (1984), p. VIII, 228.
103. C. COSTA, *Il rappresentante comune degli azionisti di risparmio* (1984), p. VIII, 140.
104. M. PARADISO, *La comunità familiare* (1984), p. VIII, 444.
105. L. VENTURA, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro* (1984), p. IV, 392.
106. S. AMATO, *Sessualità e corporeità. I limiti dell'identificazione giuridica* (1985), p. VIII, 228.
107. E.V. NAPOLI, *L'inabilitazione* (1985), p. XII, 208.
108. E. ZAPPALÀ, *L'impugnazione "tardiva" della sentenza penale nella pratica giurisprudenziale* (1985), p. 184.
109. I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico* (1987), ristampa emendata, p. VIII, 300.
110. S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione* (1986), p. IV, 196.
111. B. CARUSO, *Contributo allo studio della democrazia nel sindacato*, I, (1986), p. IV, 232.
112. S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato* (1987), p. VIII, 448.
113. *L'indirizzo fenomenologico e strutturale nella filosofia del diritto italiana più recente*, a cura di Francesco D'Agostino (1988), p. VIII, 236.
114. A. RUGGERI, *Le attività "conseguenziali" nei rapporti fra la Corte Costituzionale e il legislatore* (1988), p. VIII, 300.
115. *Studi in memoria di Mario Condorelli* (1988) 4 Voll.:  
 Vol. I. p. XII, 620.  
 Vol. II. p. IV, 668.  
 Vol. III. p. VIII, 578.  
 Vol. IV. p. VIII, 420.
116. S. FERLITO, *L'attività internazionale della Santa Sede* (1988), p. IV, 204.
117. *Scritti in onore di Giuseppe Auletta* (1988) 3 Voll.:  
 Vol. I. p. XVI, 688.  
 Vol. II. p. IV, 744.  
 Vol. III. p. IV, 708.
118. C. ROMEO, *Impresa assistita e diritto del lavoro* (1988), p. IV, 244.
119. F. MUSUMECI, *Inaedificatio* (1988), p. IV, 240.
120. E. ZAPPALÀ, *La ricusazione del giudice penale* (1989), p. 168.
121. S. ALEO, *Il disvalore e le forme generali della responsabilità penale. Prospettive di teoria e riforma del diritto penale* (1989), p. 228.
122. P. PETINO, *Composizione delle liti e ruolo del sindacato* (1989), p. 372.
123. T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale* (1990), p. 380.
124. A. RUGGERI, *Le crisi di governo tra ridefinizione delle regole e rifondazione della politica* (1990), p. 224.
125. C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale* (1990), p. 761.
126. R. SAPIENZA, *Il principio del non intervento negli affari interni* (1990), p. 172.
127. *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* (1991), Vol. VIII, p. VIII, 187.
128. A. CARIOLA, *La nozione costituzionale di pubblico impiego* (1991), p. 280.
129. R. PENNISI, *La convalida del marchio* (1991), p. 204.
130. G. MELIADÒ, *Il rapporto di lavoro nei gruppi di società. Subordinazione e imprese a struttura complessa* (1991), p. 202.
131. A.C. AMATO MANGIAMELI, *La fondazione delle norme tra decisionismo e cognitivismo nel dibattito tedesco contemporaneo* (1991), p. 164.
132. V.E. RAGUSA, *Vizi del processo decisorio nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi* (1992), p. VI, 278.

133. V. OTTAVIANO, *Scritti giuridici* (1992) 3 Voll.:  
 Vol. I. p. 510.  
 Vol. II. p. 428.  
 Vol. III. p. 504.
134. E. CASTORINA, *Autonomia universitaria e Stato pluralista* (1992), p. 160.
135. S. MUSCARÀ, *Riesame e rinnovazione degli atti nel diritto tributario* (1992), p. 464.
136. A. COSTANZO, *Condizioni di incoerenza. Un'analisi dei discorsi giuridici* (1992), p. XX, 248.
137. F. ARCARIA, *Senatus censuit. Attività giudiziaria ed attività normativa del Senato in età Imperiale* (1992), p. 352.
138. M. RICCA, *L'abrogazione delle leggi di derivazione concordataria. Profili costituzionali* (1993), p. VIII, 282.
139. A. CARIOLA, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale. Contributo allo studio di potere sovrano nell'ordinamento pluralista* (1994), p. VIII, 424.
140. C. PATERNITI, *La causa del fatto-reato* (1994), p. IV, 140.
141. B. MONTANARI, *Filosofia del diritto: identità scientifica e didattica, oggi* (1994), p. X, 148.
142. I. NICOTRA GUERRERA, *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale* (1995), p. VI, 228.
143. F. SANTANGELI, *L'interpretazione della sentenza civile* (1996), p. VI, 492.
144. M. MELI, *Il principio comunitario "chi inquina paga"* (1996), p. IV, 202.
145. T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale* (1996), p. VIII, 540.
146. R. SAPIENZA, *Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali* (1996), p. X, 292.
147. M. CONDORELLI, *Scritti di storia e di diritto* (1996), p. LXVIII, 672.
148. C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione* (1997), p. VI, 526.
149. M. CAVALLARO, *Il regime di separazione dei beni fra i coniugi* (1997), p. VI, 200.
150. M.R. MAUGERI, *Violazione delle norme contro l'inquinamento ambientale e tutela inibitoria* (1997), p. VI, 324.

#### Nuova Serie

151. G. RAGUSA MAGGIORE, *Scritti giuridici* (1997) 3 Voll.:  
 Vol. I. p. X, 514.  
 Vol. II. p. X, 515-1034.  
 Vol. III. p. X, 1535-1561.
152. G. MINEO, *Il finanziamento agevolato tra legge e contratto* (1997), p. VI, 264.
153. G. DI ROSA, *Rappresentanza e gestione. Forma giuridica e realtà economica* (1997), p. VI, 312.
154. I. NICOTRA GUERRERA, *"Vita" e sistema dei valori nella Costituzione* (1997), p. VI, 234.
155. E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza. Profili ricostruttivi di un diritto* (1997), p. VI, 309.
156. E. GRASSO, *Le leggi, la dottrina e la giurisprudenza su I Processi Civili nell'ultimo cinquantennio* (1998) 3 Voll.:  
 Vol. I. p. XV, 524.  
 Vol. II. p. VIII, 525-1115.  
 Vol. III. p. VIII, 1117-1650.
157. *Trans-National Aspects of Procedural Law*, X World Congress on Procedural Law a cura di Italo Andolina-Taormina 17-23 settembre 1995 (1998) 3 Voll.:  
 Vol. I. p. X, 484.  
 Vol. II. p. X, 485-846.  
 Vol. III. p. X, 845-1247.

158. *La dottrina giuridica italiana alla fine del XX secolo. Un bilancio* a cura di Bruno Montanari (1998), p. IV, 177.
159. A. ALAIMO, *La partecipazione azionaria dei lavoratori. Retribuzione, rischio e controllo* (1998), p. XI, 236.
160. S. RANDAZZO, 'Leges Mancipii'. *Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione* (1998), p. IV, 192.
161. F. MIGLIORINO, *Misterya concursus. Itinerari premoderni del diritto commerciale* (1999), p. VI, 204.
162. M. GENOVESE, *Gli interventi editali di Verre in materia di decime sicule* (1999), p. VI, 496.
163. V. PATANÈ, *L'individualizzazione del processo penale minorile. Confronto con il sistema inglese* (1999), p. IV, 215.
164. *Scritti in onore di Antonio Pavone La Rosa* (1999):  
 Vol. I. *Saggi di diritto commerciale* - tomo 1, p. XXIV, 484.  
 Vol. I. *Saggi di diritto commerciale* - tomo 2, p. X, 485-982.  
 Vol. I. *Saggi di diritto commerciale* - tomo 3, p. X, 983-1496.  
 Vol. II. *Saggi vari*, p. X, 1497-2114.
165. L. LOMBARDO, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo* (1999), p. XIV-622.
166. A. GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione* (1999), p. VI, 186.
167. A. LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario* (1999), p. VI, 354.
168. *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, a cura di Enzo Zappalà (1999), p. IV, 282.
169. M. D'ANTONA, *Opere*, a cura di Bruno Caruso e Silvana Sciarra (2000):  
 Vol. I. *Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro - Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, p. XVIII, 452.  
 Vol. II. *Scritti sul diritto sindacale*, p. VI, 450.  
 Vol. III. *Scritti sul diritto del lavoro*:  
 tomo 1, p. VI, 1-462.  
 tomo 2, p. VI, 463-936.  
 tomo 3, p. VI, 937-1300.  
 Vol. IV. *Scritti sul pubblico impiego e sulla pubblica amministrazione*, p. VI, 304.  
 Vol. V. *Recensioni, note ed altri scritti*, p. VIII, 452.
170. A. CIANCIO, *Il reato ministeriale. Percorsi di depoliticizzazione* (2000), p. VIII, 352.
171. *Biotechnologie. Profili scientifici e giuridico-sociali*. Atti del Convegno, Catania - Villa Cerami, 28 maggio 1999, a cura di Bruno Montanari (2000), p. IV, 158.
172. F. ARCARIA, *Referre ad principem. Contributo allo studio delle epistulae imperiales in età classica* (2000), p. X, 320.
173. G. AULETTA, *Scritti giuridici* (2001) 8 Voll.:  
 Vol. I. p. 526.  
 Vol. II. p. 534.  
 Vol. III. p. 496.  
 Vol. IV. p. 538.  
 Vol. V. p. 562.  
 Vol. VI. p. 554.  
 Vol. VII. p. 548.  
 Vol. VIII. p. 542.
174. A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo* (2001), p. XVIII, 974.

175. G. SPECIALE, *Antologia giuridica. Laboratori e rifondazioni di fine Ottocento* (2001), p. VI, 224.
176. M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali* (2001), p. X, 198.
177. F. SANTANGELI, *L'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione* (2001), p. X, 484.
178. A. GRASSO, *Illiceità penale e invalidità del contratto* (2002), p. VIII, 108.
179. F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale* (2002), p. X, 388.
180. C.M. BIANCA, *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici* (2002):  
 Vol. I. *Teoria generale e fonti - Persone e famiglia - Garanzie e diritti reali*:  
 tomo 1, p. XII, 628.  
 tomo 2, p. IV, 629-1210.  
 Vol. II. *Obbligazioni e contratti - Responsabilità*:  
 tomo 1, p. XII, 474.  
 tomo 2, p. IV, 475-990.
181. G. DI ROSA, *Proprietà e contratto. Saggio sulla multiproprietà* (2002), p. VIII, 284.
182. A. ANDRONICO, *La decostruzione come metodo. Riflessi di Derrida nella teoria del diritto* (2002), p. XIV, 194.
183. B. TRONCARELLI, *Complessità e diritto. Oltre la ragione sistemica* (2002), p. XII, 214.
184. R. CALISTI, *Il sospetto di reati. Profili costituzionali e prospettive attuali* (2003), p. X, 426.
185. U.A. SALANITRO, *Contratti onerosi con prestazione incerta* (2003), p. X, 356.
186. M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata* (2003), p. X, 224.
187. M. PARADISO, *I contratti di gioco e scommessa* (2003), p. X, 336.
188. G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario* (2003), p. X, 534.
189. S. LONGO, *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias* (2003), p. VIII, 328.
190. *Politica comunitaria di coesione economica e sociale e programmazione economica regionale*, a cura di Rosario Sapienza (2003), p. VI, 168.
191. E. PALAZZOLO, *Ordinamento costituzionale e formazione dei trattati internazionali* (2003), p. XVI, 430.
192. F. ROMEO, *La tutela del "consumatore" nel contratto di assicurazione danni* (2004), p. XII, 230.
193. *L'armonizzazione del diritto privato europeo. Il piano d'azione 2003*, a cura di Marisa Meli - Maria Rosaria Maugeri (2004), p. X, 400.
194. B. SPAMPINATO, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo* (2004), p. XII, 236.
195. P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo* (2004), p. VIII, 284.
196. G. CHIARA, *Titolarità del voto e fondamenti costituzionali di libertà ed eguaglianza* (2004), p. X, 284.
197. B. TRONCARELLI, *Logica della globalizzazione e diritto* (2004), p. XII, 130.
198. *Labour law and flexibility in Europe. The cases of Germany and Italy*, a cura di B. Caruso - M. Fuchs (2004), p. 254.
199. G. MESSINA, *Contraddizioni e aporie dell'universalismo giuridico contemporaneo* (2004), p. VIII, 238.
200. A. PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà? Diritti fondamentali, effettività delle garanzie giurisdizionali e tecniche di tutela inibitoria* (2005), p. VI, 432.
201. C. MARINO, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale nel sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale* (2005), p. XII, 386.
202. *I mobili confini dell'autonomia privata*, a cura di Massimo Paradiso (2005), p. VI, 864.

203. N. SALANITRO, *Profili sistematici della società a responsabilità limitata* (2005), p. X, 120.
204. G. RICCI, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE* (2005), p. XX, 556.
205. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune* (2005), p. X, 658.
206. *Dove va la giustizia penale minorile? Confronto tra l'esperienza francese e i progetti di riforma italiani*, a cura di Enzo Zappalà (2005), p. XX, 218.
207. A. ANDRONICO, *La disfunzione del sistema. Giustizia, alterità e giudizio in Jacques Derrida* (2006), p. XIV, 244.
208. *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca* (2006):  
 Tomo I, p. XII, 668.  
 Tomo II, p. VI, 800.  
 Tomo III, p. VI, 1098.  
 Tomo IV, p. VI, 946.
209. *Scienza tecnologia & diritto (ST&D)*. Atti del Convegno, Catania-Villa Cerami, 30 maggio 2003, a cura di Bruno Montanari (2006), p. XVI, 104.
210. S. FIGUERA, *Sul carattere monetario dell'economia capitalistica. Smith, Ricardo, Marx e la teoria neoclassica della moneta* (2006), p. XII, 246.
211. A. LO GIUDICE, *Il soggetto plurale. Regolazione sociale e mediazione simbolica* (2006), p. XIV, 332.
212. I. ZINGALES, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali* (2007), p. XIV, 298.
213. *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*. Atti del Convegno, Catania, Villa Cerami, 9-11 giugno 2005, a cura di Tommaso Rafaraci (2007), p. XII, 740.
214. *Studi per Giovanni Nicosia* (2007):  
 Tomo I, p. XII, 538.  
 Tomo II, p. VI, 558.  
 Tomo III, p. VI, 510.  
 Tomo IV, p. VI, 546.  
 Tomo V, p. VI, 534.  
 Tomo VI, p. VI, 530.  
 Tomo VII, p. VI, 544.  
 Tomo VIII, p. VI, 572.  
 Indici, p. IV, 188 (per i tipi Giappichelli).
215. *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, a cura di Tommaso Auletta (2007), p. VIII, 474.
216. F. LEOTTA, *La competenza legislativa nei sistemi autonomisti. Dalla crisi della sovranità statale all'affermarsi della sussidiarietà* (2007), p. X, 354.
217. *La tutela internazionale dei beni culturali nei conflitti armati*, a cura di Paolo Benvenuti - Rosario Sapienza (2007), p. XII, 382.
218. A.M. MAUGERI, *La responsabilità da comando nello statuto della Corte Penale Internazionale* (2007), p. XII, 844.
219. S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale* (2007), p. X, 314.
220. *Verso un nuovo processo penale. Opinioni a confronto sul progetto di riforma Dalia*. Atti del Convegno di studi, Catania, Villa Cerami, 18-19 novembre 2005, a cura di Angelo Pennisi (2008), p. VIII, 526.
221. *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco*

- riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, a cura di Anna Maria Maugeri (2008), p. VI, 582.
222. M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale* (2008), p. VIII, 136.
223. A. CIANCIO, *I gruppi parlamentari. Studio intorno a una manifestazione del pluralismo politico* (2008), p. X, 348.
224. A.M. MAUGERI, *La tutela dei beni culturali nel diritto internazionale penale. Crimini di guerra e crimini contro l'umanità* (2008), p. VIII, 352.
225. *Rileggere Keynes. La lezione di John Maynard Keynes a 70 anni dalla pubblicazione della Teoria generale*, a cura di Maurizio Caserta - Stefano Figuera (2008), p. VIII, 176.
226. *Le fonti private del diritto commerciale*, a cura di Vincenzo Di Cataldo - Pierpaolo M. Sanfilippo (2008), p. VI, 467.
227. R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello Statuto della Corte Penale Internazionale* (2008), p. VIII, 490.

#### *Per i tipi Giappichelli*

228. *Il tempo e il processo*. Scritti scelti di Italo Andolina, a cura di Giovanni Raiti (2009), 2 Voll. indivisibili:  
Vol. I. p. XIV, 458.  
Vol. II. p. VI, 459-889.
229. F. ARCARIA, *Diritto e processo penale in età augustea. Le origini della cognitio criminale senatoria* (2009), p. VIII, 164.
230. A. BETTETINI, *L'errore in diritto canonico* (2009), p. VIII, 226.
231. A. LAS CASAS, *Tutele dell'investimento precontrattuale e razionalità economica. Profili comparatistici* (2009), p. XII, 466.
232. V. SCALIA, *Profili penalistici e obblighi di tutela nella giurisprudenza della camera dei diritti dell'uomo per la Bosnia e l'Erzegovina*. (2009), p. XIV, 264.
233. R. SORICE, "... quae omnia bonus iudex considerabit..." La giustizia criminale nel Regno di Sicilia (secolo XVI) (2010), p. VIII, 200.
234. R. CAVALLO, *L'antiformalismo nella temperie weimariana* (2009), p. VIII, 178.
235. B. SPAMPINATO, *Tipologia degli interessi legittimi e forme di tutela* (2010), p. XII, 150.
236. *Où va la justice pénale des mineurs?* (Allemagne, Espagne, France, Italie, Russie), a cura di Sylvie Cimamonti, Gaëtan di Marino, Enzo Zappalà (2010), p. VI, 286.
237. *Il pensiero giuridico di Francesco Santoro Passarelli. Giornata di studio in memoria*, a cura di Bruno Montanari (2010), p. VI, 112.
238. *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*. Atti del Convegno di studi, a cura di Ida Nicotra e Ugo Sala-nitro (2010), p. VIII, 268.
239. *Studi in onore di Luigi Arcidiacono* (2010):  
Vol. I. p. XL, 1-492.  
Vol. II. p. VIII, 493-994.  
Vol. III. p. VIII, 995-1508.  
Vol. IV. p. VIII, 1509-2012.  
Vol. V. p. VIII, 2013-2530.  
Vol. VI. p. VIII, 2531-3050.  
Vol. VII. p. VIII, 3051-3498.
240. *Liberty and Language. The global dimension of European constitutional integration*, a cura di Emilio Castorina e Pasquale Policastro (2010), p. VI, 490.
241. A. LO GIUDICE, *Istituire il postnazionale. Identità europea e legittimazione* (2011), p. XIII, 314.

242. M.S. TESTUZZA, *Tra cielo e terra. I congegni dell'obbedienza medievale* (2011), p. VI, 188.
243. F. CRISTOFARI, *Chiavi di lettura del principio famiglia e identità di genere* (2011), p. X, 142.
244. *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, a cura di Francesco Salerno e Rosario Sapienza (2011), p. XII, 177.
245. A. VITALE, *I poteri delle parti nel vecchio impianto del fallimento. Il modello originario di processo fallimentare tra mercato ed economia mista: ragioni di una crisi* (2011), p. VIII, 156.
246. *Temi di ricerca per la tutela dei diritti umani* (2011), a cura di Vincenzo Di Cataldo e Vania Patanè, p. VIII, 490.
247. *Il potere delle immagini. Tecnologia, spazi urbani e luoghi politici* (2011), a cura di Bruno Montanari e Alessio Lo Giudice, p. VIII, 200.
248. *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, a cura di Pasquale Pirrone (2011), p. X, 238.
249. T. CAVALLARO, *Il novum probatorio nel giudizio di revisione* (2011), p. XIV, 234.
250. C.M. PETTINATO, *I "Maestri di Würzburg" e la costruzione del Jus Publicum Ecclesiasticum nel secolo XVIII* (2011), p. X, 302.
251. *L'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona. Atti del Convegno* (2011), a cura di Nicoletta Parisi e Valentina Petralia, p. VIII, 352.
252. S. LA ROSA, *Scritti scelti* (2011):  
Vol. I. p. X, 1-362.  
Vol. II. p. VI, 363-822.  
Vol. III. p. VI, 823-1096.
253. M. GENOVESE, *Mortis causa capitur. Di una speciale categoria di acquisti patrimoniali* (2011), p. X, 296.
254. G. NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche* (2011), p. XIV, 244.
255. S. LONGO, *Senatusconsultum Macedonianum. Interpretazione e applicazione da Vespasiano a Giustiniano* (2012), p. XII, 280.
256. F. PATERNITI, *Legislatori regionali e Legislazione europea. Le prospettive delle Regioni italiane nella fase ascendente di formazione del diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona* (2012), p. VIII, 270.
257. E. BIVONA, *Certificazione di qualità dei prodotti e tutele civilistiche* (2012), p. X, 248.
258. G. MAJORANA, *Il patto fra generazioni negli ordinamenti giuridici contemporanei. Dallo sviluppo sostenibile all'equilibrio finanziario: la necessità di un lungimirante rapporto fra generazioni* (2012), p. VIII, 271.
259. A. CONSOLI, *Giurisdizione penale ed efficienza. Procure della Repubblica tra vincoli e produttività* (2012), p. XIV, 134.
260. D. MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni* (2012), p. VIII, 336.
261. F. GIUFFRÈ, *Unità della Repubblica e distribuzione delle competenze nell'evoluzione del regionalismo italiano* (2012), p. VIII, 177.
262. A. ZAPPULLA, *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri ed effetti* (2012), p. X, 410.
263. R. LA ROSA, *Ricerche sul quasi usufrutto nel diritto romano* (2012), p. X, 194.
264. *Il pluralismo alla prova dei nuovi mezzi di comunicazione*, a cura di Adriana Ciancio (2012), p. VIII, 176.
265. G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale* (2012), p. XII, 342.
266. *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, a cura di Rosaria Sicurella (2012), p. XIV, 391.

267. *La costruzione dell'identità europea: sicurezza collettiva, libertà individuali e modelli di regolazione sociale*, a cura di Bruno Montanari (2012):  
Tomo I. p. XIV, 1-454.  
Tomo II. p. XII, 1-462 (2013).
268. F. MUSUMECI, *Protezione pretoria dei minori di 25 anni e ius controversum in età imperiale* (2013), p. XII, 262.
269. *La responsabilità sociale dell'impresa. In ricordo di Giuseppe Auletta*, a cura di V. Di Cataldo e P.M. Sanfilippo (2013), p. VI, 135.
270. T. MAUCERI, *Enti collettivi e danno non patrimoniale* (2013), p. X, 188.
271. C. BENANTI, *Scioglimento della comunione legale e disciplina del patrimonio* (2013), p. VIII, 350.
272. G. VITALE, *Principi generali e diritto derivato. Contributo allo studio del sistema delle fonti dell'Unione europea* (2013), p. X, 150.
273. P. SCIUTO, *Concetti giuridici e categorie assiomatiche: l'uso di rescindere nell'esperienza di Roma antica* (2013), p. X, 304.
274. S. BOSA, *Atti della vita quotidiana e tutela civile dell'incapace* (2013), p. X, 162.
275. T. MAUCERI, *Sponsorizzazione e attività sportiva* (2014), p. VIII, 210.
276. *Un diritto senza terra? Funzioni e limiti del principio di territorialità nel diritto internazionale e dell'Unione europea / A Lackland Law? Territory, Effectiveness and Jurisdiction in International and EU Law*, a cura di Adriana Di Stefano (2015), 2 Voll. indivisibili:  
Vol. I. p. XXII, 1-322.  
Vol. II. p. VIII, 323-782.
277. V. PAPA, *Attività sindacale delle organizzazioni datoriali* (2017), p. XIV, 234.
278. D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria* (2017), p. X, 254.
279. A.G. LANZAFAME, *La vis expansiva della rappresentanza. Forme di governo, vocazione presidenziale, resistenze costituzionali* (2019), p. X, 374.
280. R. BELFIORE, *Il sequestro preventivo. Tra esigenze impeditive e strumentalità alla confisca* (2019), p. XII, 308.
281. G. GUZZARDI, *La permuta atipica. Trattati ricostruttivi e regole operazionali* (2019), p. XVIII, 310.
282. *Ripensare o "rinnovare" le formazioni sociali? Legislatori e giudici di fronte alle sfide del pluralismo sociale nelle democrazie contemporanee*, a cura di A. Ciancio (2020), p. XII, 356.
283. E. MOTTESE, *La lotta contro il danneggiamento e il traffico illecito di beni culturali nel diritto internazionale. La Convenzione di Nicosia del Consiglio d'Europa* (2020), p. XXII, 218.
284. M. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione* (2020), p. XVI, 256.
285. I. SPADARO, *Il contrasto allo hate speech nell'ordinamento costituzionale globalizzato* (2020), p. XVIII, 398.
286. *Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*, a cura di A. Guidara (2021), p. XXXII, 816.
287. G. GALLUCCIO, *Persona giuridica amministratore e società di capitali. Profili di disciplina* (2021), p. VIII, 264.
288. C. COSTA, A. MIRONE, R. PENNISI, P.M. SANFILIPPO, R. VIGO (a cura di), *Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo* (2021)  
Vol. I. *Proprietà intellettuale e concorrenza*, p. XXVI-662.  
Vol. II. *Impresa, Società, Crisi d'impresa*.  
Tomo I. p. XII-516.  
Tomo II. p. IV-1040.

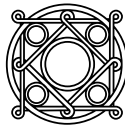
289. G. DI ROSA, S. LONGO, T. MAUCERI (a cura di), *Percorsi interdisciplinari in tema di rapporto obbligatorio. Atti delle giornate di studi (Catania, 10 ottobre 2019 - 9 luglio 2020 - 1 e 22 marzo 2021)* (2021), p. XII-308.
290. A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status* (2022), p. XVI-312.
291. M. CAVALLARO, F. ROMEO, E. BIVONA, M. LAZZARA (a cura di), *Sui mobili confini del diritto. Tra pluralità delle fonti ufficiali e moltiplicarsi di formanti normativi "di fatto"* (2021)  
Vol. I. I Sessione: *Persone e famiglia* - II Sessione: *Proprietà*, p. XIV-562.  
Vol. II. III Sessione: *Responsabilità* - IV Sessione: *Contratto*, p. X IV-690.
292. C. VASTA, *Delibere assembleari "collegate" nella società per azioni* (2022), p. VIII-216.
293. D. ARCIDIACONO, *La tutela dei marchi che godono di rinomanza. "Al di là del rischio di confusione"* (2022), p. XIV-466.
294. S. LA ROSA, *Altri scritti scelti* (2023), p. XII-300.
295. C.M. BIANCA, *Realtà sociale ed effettività della norma* (2024), pp. XVI-836.

*Per i tipi Edizioni Scientifiche Italiane*

296. G. DI ROSA, S. LONGO, T. MAUCERI (a cura di), *Diritto e tecnologia. Precedenti storici e problematiche attuali. Atti delle giornate di studi (Catania, 8 ottobre 2021 - 21 e 22 ottobre 2022 - 25 novembre 2022 - 19 e 20 maggio 2023), 2024*, p. 316.
297. G. GUZZARDI (a cura di), *Persona e mercato nella società digitale. Atti delle giornate di studi (Catania, 13 dicembre 2022 e 4 maggio 2023), 2024*, p. 172.
298. T. MAUCERI, *Mutuo fondiario e violazione di norme imperative*, 2024, p. 220.
299. A. LAS CASAS, *Capitalismo dell'informazione e circolazione della ricchezza. Modelli giuridici statunitensi*, 2024, p. 228.
300. A. MICCICHÉ, *Il diritto ecclesiastico coloniale italiano. Esperienze di pluralismo culturale e religioso tra legislazione, giurisprudenza e dottrina nei territori d'Oltremare (1869-1945)*, 2024, p. 404.
301. M. GIANGRECO, *Il contraddittorio anticipato e la libertà su cauzione. Verso un modello cautelare più garantista*, 2024, p. 152.
302. ROSANNA BELFIORE, ELEONORA NICOSIA (a cura di), *Situazioni soggettive e diritto pubblico*, 2024, p. XIV-324.
303. VANIA PATANÈ, FABRIZIO SIRACUSANO, AGATA CIAVOLA, ANGELO ZAPPULLA (a cura di), *Il rito penale tra garanzie, tutele e istanze securitarie. Ricordando Enzo Zappalà. Atti del Convegno tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania il 3 e 4 ottobre 2024*, 2025, p. 160.
304. GAETANO GUZZARDI, *I servizi di intermediazione nel mercato digitale. Profili ricostruttivi e tratti problematici*, 2025, p. 320.
305. CLAUDIA BENANTI, *Autonomia privata e tutele economiche nella complessità delle crisi familiari*, 2025, p. 244.
306. ILENIA RAPISARDA, *Corpo e diritto. Autodeterminazione biotecnologica e istanze solidaristiche*, 2025, p. 304.
307. GIUSEPPE VERSACI, *Credito ai consumatori e autonomia privata. Strategie regolatorie, obblighi professionali, tecniche rimediali*, 2025, p. 220.
308. REMO MORZENTI PELLEGRINI e GIOVANNI FABIO LICATA (a cura di), *Contratti pubblici e intelligenza artificiale. Atti del Convegno (Catania, 29 novembre 2024)*, 2026, p. 200.
309. GIUSEPPE EMANUELE CORSARO, *La lotta alla povertà nel diritto Internazionale dei diritti umani: analisi di un modello emergente tra norme e prassi*, 2025, p. 328.



Questo volume è stato impresso  
nel mese di gennaio dell'anno 2026 per  
le Edizioni Scientifiche Italiane S.p.A.  
Stampato in Italia



**Edizioni Scientifiche Italiane**

[www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)    [info@edizioniesi.it](mailto:info@edizioniesi.it)



<https://www.edizioniesi.it>  
<https://www.esidigita.it>



[edizioni\\_scientifiche\\_italiane](https://www.instagram.com/edizioni_scientifiche_italiane)



[Edizioni Scientifiche Italiane](https://www.facebook.com/EdizioniScientificheItaliane)



[Edizioni Scientifiche Italiane](https://www.linkedin.com/company/EdizioniScientificheItaliane)

7126009260

€ 32,00

