

LA FUNZIONE REGOLATRICE DELLE CORTI AMMINISTRATIVE SUPREME (ITALIA)

1. Il ruolo del Consiglio di Stato italiano nella costruzione del sistema italiano del diritto amministrativo e della giurisdizione amministrativa è stato – storicamente parlando – del tutto particolare e in nessun modo paragonabile a quello svolto dalla Corte di Cassazione nella giurisdizione civile e penale.

Da molti punti di vista, il Consiglio di Stato, nei primi cento anni della sua funzione giurisdizionale (dal 1889 al 1990) non si è limitato ad essere il garante della corretta applicazione della legge. Esso ha invece letteralmente creato il sistema concettuale del diritto amministrativo italiano, e con esso tutta la disciplina generale del procedimento amministrativo, degli atti amministrativi e della giustizia amministrativa.

Questa è una storia che i colleghi italiani conoscono bene; ma forse non sarà inutile, anche per loro, ripercorrerla un poco prima di verificare quale sia oggi il ruolo del Consiglio di Stato come corte regolatrice, e come svolga questo suo compito.

2. Conviene innanzi tutto precisare che cosa s'intende in Italia per "diritto amministrativo" soggetto alla giurisdizione del Consiglio di Stato, e, dal 1971, dei Tribunali amministrativi regionali.

Come sapete, lo Stato italiano si è formato nel 1861. L'unificazione delle leggi amministrative è stata fatta con una legge del 20 marzo 1865. Questa, fra l'altro, ha compiuto una scelta fondamentale quanto alla giurisdizione: tutte le controversie fra i cittadini e le autorità pubbliche sono state affidate al giudice ordinario (civile) ogni volta che si faccia questione di diritti soggettivi, anche se siano stati emanati provvedimenti dell'autorità amministrativa.

Perciò, almeno in linea di principio, erano e sono rimesse al giudice civile tutte le controversie attinenti alla proprietà (salvo che vi sia stata una legittima procedura di espropriazione), a contratti, al risarcimento dei danni, alle obbligazioni in genere.

In Italia non sarebbe stata concepibile una decisione come l'"arrêt Blanco" del 1873; quella che secondo alcuni studiosi anche italiani viene considerata l'atto di nascita del diritto amministrativo. E il sistema italiano, credo, non avrebbe suscitato le critiche dell'inglese Dicey. In effetti, tutti quei rapporti che, pur avendo come parte in causa una pubblica autorità, in Italia sono giudicati dal giudice civile, non vengono considerati propriamente rapporti di diritto amministrativo. Se la loro

disciplina comporta qualche particolarità, si parla semmai di “diritto privato della pubblica amministrazione”, non di “diritto amministrativo”.

3. Se si esaminano i trattati intitolati al “diritto amministrativo”, pubblicati in Italia fino a tutto il secolo XIX, si constata che il loro contenuto è una descrizione dell’ordinamento della pubblica amministrazione (organizzazione, competenze e funzionamento delle autorità centrali e periferiche dello Stato e delle autorità degli enti locali autonomi) più la disciplina positiva di alcuni settori, come la contabilità pubblica, l’ordinamento del personale, i lavori pubblici, la normativa edilizia, e simili.

Non troviamo in quei trattati alcun accenno alla disciplina generale dell’attività amministrativa ed ai requisiti di legittimità dei procedimenti e degli atti della pubblica amministrazione. Tanto meno alla teoria generale dell’atto amministrativo, della discrezionalità amministrativa e dell’interesse legittimo, ovvero a concetti come la motivazione, gli effetti del “silenzio” dell’amministrazione, l’”autotutela” (ossia il potere-dovere dell’autorità di correggere spontaneamente i propri atti).

Tutti questi argomenti li troviamo invece esposti, in modo straordinariamente approfondito, nei manuali del secolo XX. Era forse questo l’effetto di qualche intervento del legislatore? No. Bisogna arrivare al 1990 per trovare una legge con la disciplina generale del procedimento amministrativo e del provvedimento amministrativo (legge 7 agosto 1990, n. 241). Questa legge non ha fatto altro che riprodurre (in modo sommario e secondo me non sempre felice né opportuno) concetti che ormai erano di comune dominio e si insegnavano in tutte le Università.

4. Da dove veniva tutto quel sistema di concetti? Dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, nei cento anni decorsi dalla legge del 1889 che istituiva la Quarta Sezione del Consiglio di Stato e con essa la sua funzione giurisdizionale (legge 31 marzo 1889, n. 5992). Funzione limitata – in coerenza con la scelta fatta dalla legge del 1865 – alle controversie nelle quali la posizione del privato ricorrente non si qualificasse come “diritto” ma solo come “interesse”.

Il primo sforzo fu dunque quello di definire meglio gli interessi che potevano ottenere questo tipo di tutela (interessi legittimi) distinguendoli dagli interessi non protetti. Ma il secondo sforzo fu quello di individuare i vizi che rendevano illegittimo l’atto amministrativo, e ne comportavano l’annullamento. La legge si limitava a dire che gli atti amministrativi potevano essere annullati per «*violazione di legge, incompetenza, o eccesso di potere*». Ma che cos’era l’eccesso di potere?

5. L’espressione «*eccesso di potere*» non era nuova, ed era ripresa dalla legislazione francese. Valeva, all’incirca, come incompetenza. Ma il Consiglio di Stato italiano preferì darle un significato diverso. In una decisione del 7 gennaio 1892, la Quarta Sezione osservava che i fatti non erano

smentiti; e che in questa situazione «*l'apprezzamento che il Governo del Re ne ha fatto, e ha messo alla base del suo provvedimento, non contiene nulla d'illogico e di irrazionale o di contrario allo spirito della legge per riconoscere nel provvedimento medesimo un eccesso di potere*». Che è come dire: pur quando non vi sia una vera e propria violazione di legge – e cioè il provvedimento si mantiene formalmente entro i confini assegnati dalla legge – esso è viziato da «*eccesso di potere*» se contiene qualcosa di illogico, o di irrazionale, o di contrario allo spirito della legge.

Partendo da questa prima intuizione, il Consiglio di Stato, ha elaborato ed approfondito il concetto di «*eccesso di potere*» con gli strumenti della logica, della razionalità e del rispetto dello “spirito della legge”. Ossia tutto ciò che nella legge non è scritto, ma si desume dalla coerenza del sistema. Ed ha letteralmente creato la disciplina generale del provvedimento amministrativo.

Così, è stato detto che se l'autorità dispone in senso contrario ai propri precedenti, ovvero ad un parere non vincolante, ovvero alle istruzioni non vincolanti di un'autorità superiore, commette un «*eccesso di potere*». A meno che, in ciascuno di questi casi, giustifichi la sua scelta spiegandone le ragioni nella motivazione dell'atto. Però, se c'è una motivazione, allora si apre per il giudice amministrativo la porta per verificare se essa stessa sia a sua volta viziata da «*eccesso di potere*» in quanto illogica, incoerente, basata su errori di fatto, e così via.

5. Man mano che il Consiglio di Stato individuava nuove ipotesi di vizio dell'atto amministrativo, sotto la denominazione dell'«*eccesso di potere*», esso delineava e precisava, per contrasto, le regole legittime dell'azione amministrativa, desumendole non da leggi che non esistevano, ma dalla retta ragione, dalla natura delle cose, dalla coerenza logica dell'intero ordinamento.

Proprio ciò che avevano fatto i giuristi romani, da Servio Sulpicio Rufo (il primo che, secondo Cicerone, diede al diritto la dignità di scienza) a Triboniano (il coordinatore del *Corpus Iuris Civilis*). Il diritto romano è entrato a far parte del patrimonio culturale dell'Europa moderna non in quanto “insieme di regole”, ma in quanto “sistema di concetti”. I concetti non sono regole; sono il linguaggio nel quale sono espresse le regole. Secoli diversi possono adottare regole differenti per le obbligazioni e per i contratti, ma i concetti di “obbligazione” e di “contratto” rimangono. D'altra parte, in un sistema giuridico complesso troviamo regole che non possono essere dettate che da un legislatore; ma anche altre che invece nascono dal sistema stesso, dalla sua razionalità e dalla sua coerenza logica.

Così i giuristi romani, una volta scoperta, sul piano concettuale, la distinzione tra cose fungibili e cose infungibili, ne dedussero la disciplina giuridica che differenzia gli effetti del contratto di mutuo

da quelli del comodato. Queste regole non erano dettate da alcun legislatore, ma dalla ragione e dalla natura delle cose.

Allo stesso modo ha operato il Consiglio di Stato dal 1889 in poi, creando il sistema concettuale del diritto amministrativo italiano e desumendone una enorme quantità di regole e di principi che più tardi è stata utilizzata e riprodotta dal legislatore.

6. Quali erano le circostanze che permettevano al Consiglio di Stato di elaborare una giurisprudenza così importante e di vederla accolta da tutti?

Il primo fattore era, senza dubbio, il valore intrinseco di quella giurisprudenza, espressa con parole semplici e chiare, frutto di razionalità giuridica ma anche di buon senso pratico.

Il secondo era l'autorevolezza del Consiglio di Stato come istituto. La giurisdizione amministrativa è nata con la legge del 1889, ma il Consiglio di Stato esisteva già; era stato istituito nel 1831 come organo centrale del potere esecutivo, subordinato solo al Consiglio dei Ministri. Ogni affare amministrativo di una certa importanza passava al parere del Consiglio di Stato, senza contare che molti Consiglieri di Stato rivestivano incarichi di notevole importanza nella politica e nell'amministrazione. Tutti costoro si uniformavano senza esitazione alle indicazioni dei loro colleghi della quarta sezione, e delle altre sezioni giurisdizionali che si sono aggiunte nel tempo.

A maggior ragione si uniformavano le autorità amministrative inferiori. Formalmente, il Consiglio di Stato era un giudice di prima e ultima istanza, vale a dire che non c'erano veri e propri giudici di grado inferiore. Ma il ricorso al Consiglio di Stato era ammesso solo se l'interessato aveva esaurito la scala dei ricorsi amministrativi non giurisdizionali. Questi potevano essere rivolti, a seconda dei casi, alle autorità gerarchicamente superiori o ad organi contenziosi istituiti presso le singole amministrazioni. Di fatto, dunque, il Consiglio di Stato si trovava alla sommità di una piramide molto ampia, sulla quale esercitava un dominio che nessuno si immaginava di poter mettere in discussione.

Tanto meno era concepibile che il Consiglio di Stato smentisse se stesso. Quell'apparato contenzioso pre-giurisdizionale risolveva la stragrande maggioranza delle controversie, cosicché al Consiglio di Stato ne giungevano poche e ben selezionate. Il ristretto numero dei giudizi favoriva, ovviamente, la ponderazione e scongiurava il pericolo di decisioni affrettate e contraddittorie.

Un altro fattore è stato la struttura della legislazione. Questa era dettagliata e minuziosa per tutto ciò che riguardava i precetti vincolanti riguardanti sia l'attività della pubblica amministrazione che quella dei privati; ma non erano meno numerosi i casi nei quali la legge attribuiva all'autorità amministrativa un potere discrezionale (ad esempio in materia di pubblica sicurezza); e qui la legge

era priva di indicazioni riguardo ai limiti e ai criteri orientativi di quella discrezionalità e riguardo al modo di procedere.

Proprio questo dei poteri discrezionali era tuttavia il tipico campo di intervento del giudice amministrativo con lo strumento dell'«*eccesso di potere*»; ed in questo spazio libero il Consiglio di Stato ha costruito il suo sistema.

7. Ho fatto questa lunga – e naturalmente approssimativa - ricostruzione storica del primo secolo di esperienza del Consiglio di Stato come giudice, per parlare della situazione di oggi.

Tutte, o quasi, le condizioni che in passato concorrevano a dare autorevolezza alle decisioni del Consiglio di Stato oggi si sono convertite nel loro contrario. Naturalmente rimane intatta l'autorità della “cosa giudicata” relativamente alla controversia decisa; è più dubbia, invece, la capacità di una singola decisione di porsi come regola e indirizzo per il futuro.

8. La riforma del 1971, che ha istituito i Tribunali Amministrativi Regionali, ha soppresso praticamente tutte le altre forme di tutela non giurisdizionale; quelle che non sono state soppresse sono state rese facoltative, vale a dire che averle esperite non è condizione di ammissibilità del ricorso giurisdizionale.

Ogni provvedimento amministrativo può essere impugnato direttamente davanti al T.A.R., e in secondo grado al Consiglio di Stato.

Attualmente, pervengono al Consiglio di Stato circa undicimila ricorsi all'anno (nel 1980 erano stati 2600); di questi circa duemilacinquecento sono appelli contro ordinanze cautelari pronunciate da Tribunali regionali su ricorsi non ancora definiti in primo grado. Questo flusso di ricorsi viene gestito da quattro sezioni giurisdizionali, ciascuna delle quali conta un numero di magistrati sufficiente a comporre due o tre collegi diversi. Questi numeri rendono molto difficile mantenere l'uniformità degli indirizzi giurisprudenziali. Questo è un problema che riguarda anche la Corte di Cassazione. Negli ultimi anni, la Corte di Cassazione, che era già arrivata a trentamila sentenze all'anno, è giunta a cinquantamila.

Per quanto tutti questi magistrati si sforzino di mantenere un orientamento unitario, è inevitabile che collegi diversamente composti giungano – talvolta - a risultati diversi.

Fra l'altro, l'afflusso continuo di nuovi ricorsi induce i magistrati a riservare la loro attenzione al caso specifico e a dare minore importanza alle questioni di principio.

9. Molte difficoltà provengono dallo stile della legislazione.

La legislazione del secolo XIX e della prima parte del XX, fino al 1980 circa, in materia amministrativa lasciava ampio spazio alla discrezionalità dell'amministrazione e, indirettamente,

all'elasticità dei giudici, nonché a strumenti interpretativi quali l'analogia e il richiamo ai principi generali. Inoltre le leggi venivano modificate relativamente di rado, cosicché sulla loro interpretazione si poteva formare una giurisprudenza meditata e duratura. Negli ultimi decenni la legislazione, nell'ansia di evitare ogni dubbio interpretativo e le controversie che ne derivano, si sforza di essere il più dettagliata e minuziosa possibile; nascono leggi con centinaia di articoli e articoli con centinaia di commi. Per di più, si susseguono nuovi interventi legislativi che modificano ora un comma ora l'altro, cosicché se si vuole avere la certezza di che cosa disponga "oggi" la legge su una certa questione dobbiamo consultare un codice *on line*; quelli a stampa, anche se recentissimi, non ci garantiscono che non ci sia stata qualche modifica.

Sappiamo tuttavia che una legge più è dettagliata, più occasioni offre a chi voglia discuterne. Inoltre, una tecnica legislativa di questo genere non consente al giudice di discostarsi dalla formulazione testuale per fare appello ai principi generali ed all'interpretazione sistematica. E poiché queste leggi cambiano molto spesso, sorgono dubbi interpretativi che non possono essere risolti con il richiamo ai precedenti.

Il quadro legislativo è reso ancora più complesso e contraddittorio per la molteplicità delle fonti. Abbiamo le leggi dello Stato, ma anche quelle delle Regioni, non sempre ben coordinate fra loro. Una modifica costituzionale del 2001 ha aumentato le competenze legislative delle Regioni, nello stesso tempo vietando allo Stato di emanare leggi nelle materie riservate alle Regioni, se non per indirizzi generali. Tuttavia i confini delle rispettive competenze non sono affatto certi. Di conseguenza gran parte del lavoro della Corte costituzionale, anziché nel tutelare le garanzie costituzionali dei cittadini, consiste oggi nel dirimere i conflitti di competenza legislativa fra lo Stato e le Regioni; queste decisioni arrivano spesso quando le leggi hanno già avuto applicazione. Si capisce che il compito del giudice amministrativo non è reso più agevole; tanto meno è facile costruire indirizzi giurisprudenziali certi e stabili. Difficoltà analoghe sono create dagli interventi della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

10. Mi pare chiaro che il problema principale della giustizia amministrativa italiana, per quanto riguarda il tema del nostro incontro, non è come assicurare che i giudici di primo grado seguano gli indirizzi del giudice di ultimo grado; è invece come mettere il Consiglio di Stato in grado di continuare ad elaborare – come ha fatto nel passato – indirizzi chiari, certi, coerenti e stabili. Le circostanze non lo favoriscono.

Accade poi anche che il Consiglio di Stato entri in contraddizione con se stesso per decisione propria, non per effetto di mutamenti della legislazione e per la difficoltà di dare una interpretazione univoca a leggi nuove e contraddittorie.

Il 5 giugno di quest'anno si sono tenute le elezioni per il rinnovo delle amministrazioni comunali di alcune città italiane, fra le quali Roma, Milano, Torino e Napoli. Come spesso avviene, le commissioni elettorali locali hanno respinto alcune liste di candidati consiglieri comunali, per irregolarità formali; i candidati esclusi hanno fatto ricorso ai Tribunali amministrativi, sostenendo che gli elementi formali mancanti non erano richiesti dalla legge a pena di inammissibilità delle candidature. I Tribunali amministrativi, con procedura d'urgenza, hanno respinto tutti questi ricorsi, richiamando i precedenti del Consiglio di Stato che aveva sempre deciso che quelle formalità dovevano essere rispettate a pena di inammissibilità. I candidati esclusi hanno fatto appello. Il Consiglio di Stato, a sorpresa, ha accolto tutti gli appelli modificando la propria giurisprudenza; e quei candidati hanno partecipato alle elezioni. L'argomento usato dal Consiglio di Stato era che quelle irregolarità formali non erano tali da far mettere in dubbio che quei candidati possedessero tutti i requisiti, in particolare quello di avere ottenuto il numero prescritto di firme di presentazione da parte dei loro sostenitori. E' un argomento che si può anche condividere. Ma in precedenza il Consiglio di Stato aveva detto sempre il contrario.

Cambiamenti giurisprudenziali di questo genere incoraggiano le parti a sostenere tesi in contrasto con i precedenti, e i giudici di primo grado ad accoglierle, perché si può sempre pensare che il Consiglio di Stato cambierà la propria giurisprudenza.

11. Nel tentativo di facilitare la formazione di una giurisprudenza omogenea, il legislatore ha istituito un collegio speciale denominato "Adunanza Plenaria"; attualmente è composto di dodici membri (tre per ciascuna delle quattro sezioni giurisdizionali) più il Presidente del Consiglio di Stato, che lo presiede. I collegi delle sezioni semplici possono (devono) deferire all'Adunanza Plenaria le cause che presentino questioni sulle quali si siano registrati contrasti di giurisprudenza. Dal 2010 il nuovo codice del processo amministrativo dispone che le sezioni non possono decidere in senso contrario ai precedenti dell'Adunanza Plenaria, ma, al più, possono rimettere nuovamente la questione alla Plenaria. Non è previsto invece che i Tribunali amministrativi regionali possano chiedere una pronuncia pregiudiziale dell'Adunanza Plenaria; eccezionalmente è previsto ora, da una legge del 2016, limitatamente alle questioni di applicazione del regolamento per il processo telematico, che sta per entrare in vigore.

Di fatto, l'Adunanza Plenaria emana non più di venti o trenta sentenze ogni anno; nei nostri anni molte di queste decisioni sono rese effimere dalla mutevolezza della legislazione.

12. Fra tante circostanze avverse che rendono talvolta difficile il compito di regolazione della giurisprudenza affidato al Consiglio di Stato, manca del tutto una preconcepita ostilità dei giudici di primo grado. Al contrario vi è una notevole omogeneità culturale fra i magistrati dei due gradi; anche per il fatto che una metà dei posti che si rendono vacanti nel Consiglio di Stato è riservata ai magistrati dei T.A.R. con maggiore anzianità, mentre i Consiglieri di Stato più anziani possono essere scelti per l'incarico di Presidente di un T.A.R.. Nondimeno, si possono ricordare episodi di colleghi di primo grado che si sono battuti inutilmente per far accettare al Consiglio di Stato determinate innovazioni giurisprudenziali, e poi hanno raggiunto il loro scopo investendo della questione la Corte di Giustizia Europea. Ma sono esempi rari e ormai lontani nel tempo.

13. In conclusione, ci chiediamo quale sia il compito che oggi il legislatore – diciamo il sistema politico – assegna al giudice amministrativo e in particolare a quello di ultima istanza.

Secondo le concezioni tradizionali, il compito del giudice di primo grado è quello di fare giustizia nel caso concreto, risolvendo la controversia secondo diritto; il compito del giudice di ultimo grado è piuttosto quello di assicurare la corretta interpretazione della legge e l'uniformità della applicazione. In questo modo, il giudice superiore deve realizzare due valori: l'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge, e la certezza del diritto, intesa quest'ultima come la prevedibilità delle sentenze dei giudici.

Oggi il legislatore italiano sembra assegnare ai giudici amministrativi – tutti: quelli di primo grado e quelli di ultimo grado – il compito di decidere più cause possibile, e di deciderle nel più breve tempo possibile. Lo fa quando abbrevia i termini processuali e quando istituisce procedure speciali semplificate e accelerate in molte materie, comprese alcune molto impegnative per il giudice, come le gare di appalto.

Il legislatore è spinto a indirizzare i giudici in questo senso (decidere più cause e deciderle più rapidamente) perché è opinione comune che la giustizia (non solo quella amministrativa) in Italia è troppo lenta e questo danneggia l'economia. E questo è vero. Ma la causa della lentezza della giustizia è l'eccessivo numero dei ricorsi e dei processi. Costringere i giudici ad emettere più sentenze e a farlo più in fretta significa sacrificare la certezza del diritto e l'uniformità della giurisprudenza, e questo serve da incentivo a proporre sempre più ricorsi, perché una *chance* di vittoria c'è anche nella situazione apparentemente più disperata. Quindi si entra in una spirale viziosa.

14. Quali rimedi si possono proporre?

A questa domanda non posso rispondere, perché dovrei sostituirmi al legislatore; e del resto le mie proposte potrebbero apparire utopistiche: come quella di esortare il legislatore a scrivere meno leggi, a farle più semplici e più brevi, a cambiarle meno spesso. Ugualmente molti diranno che sia poco realistico, per non dire irrealizzabile, restituire spazio e importanza ai ricorsi amministrativi pre-giurisdizionali, come filtro di accesso alla giustizia amministrativa propriamente detta.

Però va pur detto che il legislatore – o la classe politica – dovrebbe scegliere se l'obiettivo da perseguire sia continuare ad ampliare l'accesso alla giustizia (e specialmente a quella di ultimo grado) moltiplicando le controversie e i magistrati che le decidono, o piuttosto privilegiare, nell'interesse generale, l'uniformità della giurisprudenza e la certezza del diritto. I due obiettivi sono incompatibili.