



La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli “altri”

Mario P. Chiti

Pubblicato in “ASTRID – Rassegna” n. 35 del 2006

Sommario: 1. La questione della giustizia amministrativa e l'utilità delle indicazioni di diritto comparato e di diritto europeo. 2. Le tendenze di alcuni ordinamenti di riferimento. 3. L'Unione europea e l'incerto cammino della europeizzazione dei diritti processuali nazionali. 4. Le forme non giurisdizionali di tutela. 5. Talune conclusioni. 6. Elementi di bibliografia.

1. La questione della giustizia amministrativa e l'utilità delle indicazioni di diritto comparato e di diritto europeo

La questione dei modi organizzativi e degli istituti processuali per la tutela dei singoli nei confronti della pubblica amministrazione è antica quanto l'affermazione dei principi dello Stato di diritto, ma tuttora controversa.

Pur nell'evoluzione delle forme di Stato, del ruolo della pubblica amministrazione e del suo diritto, le tematiche riassunte nell'espressione “giustizia amministrativa” sono costantemente riproposte da posizioni contrapposte. Da un lato, in modo critico per l'apparente contraddizione con i

principi sull'unitarietà della giurisdizione e per la contiguità (in non pochi ordinamenti) del giudice amministrazione a quei soggetti pubblici sulla legittimità del cui operato dovrebbe presiedere; ma anche con la ripresa pressoché integrale delle prime argomentazioni sul presunto carattere inevitabile della giustizia amministrativa quale giurisdizione obbiettiva, senza particolare cura ai costanti sviluppi di diritto positivo per assicurare l'effettività della tutela. Dall'altro lato, invece, in termini positivi motivati dall'evoluzione – comune a tutti gli ordinamenti, pur nella diversità dei singoli percorsi – della giustizia amministrativa verso la definitiva soggettivizzazione del processo, e dalla conseguente dimostrazione di come gli organi della giustizia amministrativa non siano più i giudici della legalità amministrativa, ma i giudici amministrativi della legalità (parafrasando un'efficace espressione di Jean Rivero).

La controversia si caratterizza ancora per toni molto accesi. Nel più recente e colto contributo sul tema, già il sottotitolo indica la tesi radicale dell'Autore (A. Orsi Battaglini): “per una giustizia non amministrativa”. Ed ivi sono ripresi talune polemiche posizioni del periodo postcostituente sulla giurisdizione amministrativa come “malefica fungosità aduggiante il maestoso albero della giurisdizione” (S. Lessona).

Per converso, la Corte costituzione in recenti sentenze di grande importanza sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla luce delle ultime riforme (principalmente la sentenza n. 204/2004) ha ripreso e fatto proprie le tesi, già autorevolmente espresse all'Assemblea costituente, sulla “unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé” (C. Mortati, citato al punto 2.2. della sentenza n. 204/2004). Nonché sulla giurisdizione amministrativa “sorta non come usurpazione al giudice ordinario di particolari attribuzioni, ma come conquista

di una tutela giurisdizionale” da parte del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione (G. Leone, punto e sentenza ora citata).

Troppo a lungo, poi, il dibattito si è incentrato sui modelli organizzativi di giustizia amministrativa. Anche al riguardo si sono contrapposte due posizioni, come noto: la prima che, in coerenza con l’assunto dell’unicità della funzione giurisdizionale e della necessaria indipendenza ed imparzialità del giudice, ha sostenuto che pure le cause in cui è parte la pubblica amministrazione debbono essere trattate dal medesimo ordine giudiziario; al massimo, riconoscendo a tali controversie alcune particolarità processuali e l’opportunità di una specializzazione dei giudici. La seconda che, invece, ha propugnato l’istituzione di una distinta branca dell’ordine giudiziario specializzata nelle cause amministrative ed operante secondo regole processuali specifiche.

L’interesse che la prima posizione intende assicurare è principalmente di principio, con riferimento ad un’idea unitaria e coesa di giurisdizione e di processo. Diversamente, l’altra posizione è attenta all’effettività della tutela e di conseguenza evidenzia che un distinto sistema di giustizia amministrativa può assicurare una gamma di garanzie assai maggiori rispetto a quelle ottenibili nel giudizio ordinario, in tal modo corrispondendo pienamente all’esigenza di una piena garanzia nei confronti dell’amministrazione.

Prima di esaminare come i principali ordinamenti si siano indirizzati – ed al riguardo merita anticipare subito che nell’ultimo cinquantennio l’orientamento generale è ormai netto per un sistema giurisdizionale di tutela amministrativa distinto o, quanto meno, specializzato - merita rilevare che la discussione deve oggi incentrarsi, più che sui modelli, sui nuovi dati che caratterizzano l’agire della pubblica amministrazione, nella prospettiva delle specifiche esigenze di tutela che nei suoi confronti si manifestano; nonché del nuovo pluralismo giuridico conseguente alla dimensione sovranazionale, già da tempo

costituzionalizzata nell'ambito dell'Unione europea, ed allo sviluppo del c.d. diritto globale.

Nel primo senso, è evidente che nella pubblica amministrazione, accanto al tradizionale agire imperativo, sono emerse nuove funzioni, come la regolazione; si è dilatato lo spazio dell'agire prestazionale e per servizi; si sono create forme di "amministrazione bilaterale" con autoresponsabilizzazione dei privati, e nuovi modelli negoziali assai distanti dalla tradizionale unilateralità. Un esempio assai importante di queste novità è il complesso di rapporti che si usa definire come partenariato pubblico privato, contrattuale ed istituzionalizzato, ove l'elemento dell'autoritarità praticamente scompare; ma rimane decisivo il rilievo del pubblico interesse, con deroghe al diritto comune. Più in generale, il dibattito non sembra generalmente tener conto della decisa oscillazione del pendolo autorità-libertà dall'*imperium* pubblico verso la posizione di libertà dei soggetti, riproponendo schemi che non corrispondono più al sistema giuridico e politico quale oggi è.

Per quanto riguarda poi il dato sovranazionale, lo sviluppo del diritto europeo ha determinato, da un lato, inedite relazioni amministrative dirette tra i singoli e le istituzioni comunitarie; dall'altro, procedimenti composti (ovvero svolgentisi in parte in sede nazionale e per altra parte in sede europea) ove le amministrazioni dei diversi ordinamenti operano congiuntamente nell'ambito del medesimo contesto giuridico; i singoli si rapportano anche ad enti non statali; si accentuano le criticità della tutela, per il sovrapporsi di parametri normativi diversi.

Di recente, poi, è divenuta rilevante – specie per le imprese economiche, ma in certi casi anche per gli individui – l'azione di organismi internazionali, ed in particolare l'Organizzazione mondiale del commercio, che, a differenza delle

tradizionali organizzazioni internazionali, possono avere anche dirette relazioni con i singoli e non solo con gli Stati.

In sostanza, se è certo che la discussione sulla giustizia amministrativa non può prescindere dal dato di fondo dei principi costituzionali sulla giurisdizione, è altresì necessario tener conto dei nuovi dati che oggi caratterizzano i rapporti tra i singoli e la pubblica amministrazione, vuoi per le caratteristiche composite dell'agire amministrativo, vuoi anche per il nuovo quadro sovranazionale ed internazionale ove i singoli entrano in rapporti diretti con istituzioni diverse dallo Stato, come era nella tradizione.

Un notevole aiuto è offerto, in tal senso, dalla comparazione giuridica che consente di verificare l'evoluzione degli altri ordinamenti giuridici, a fronte di analoghe esigenze e problematiche. Il ruolo della comparazione giuridica è oggi ridotto nel quadro dell'Unione europea, ove tende a stemperarsi, ed in certi casi a scomparire il presupposto della comparazione, ovvero l'alterità degli ordinamenti considerati per la piena comunitarizzazione di certe materie ed il conseguente diritto comune agli Stati membri. Ma nello stesso senso concorrono tendenze più generali, quali l'ibridazione tra i diversi ordinamenti che ne attenua le differenze (paradossale esito di un'efficace comparazione); il passaggio da un sistema composito di Stati ad un sistema giuridico a rete, ove ciò che rileva sono le relazioni e le sinergie tra i soggetti che ne fanno parte; l'incipiente diritto globale.

Tuttavia, per il tema della giustizia amministrativa il diritto comparato offre ancora utili indicazioni atteso che i sistemi dei diversi Stati mantengono notevoli peculiarità e che il loro sviluppo è il frutto di un'autonoma evoluzione, la cui conclusione convergente è rilevante proprio perché principalmente dovuta a fattori autoctoni. Si tratta di un esemplare caso di "microcomparazione", intesa come comparazione di particolari istituti o aree giuridiche, diversa dalla

classica “macrocomparazione” incentrata sulla comparazione d’insieme dei sistemi giuridici (G. Alpa).

2. Le tendenze di alcuni ordinamenti di riferimento

La considerazione dei principali sistemi giuridici mostra la progressiva affermazione di un distinto sistema di tutela giurisdizionale nei confronti dell’amministrazione, anche nei sistemi di radicata tradizione monistica. Laddove, nei sistemi a carattere dualistico, le regole processuali e l’organizzazione del giudiziario amministrativo tendono ad armonizzare i due plessi giurisdizionali quanto a disciplina del processo, garanzie dei singoli e indipendenza dei giudici. E’ rimasto poi largo spazio per le varie tipologie di ricorsi amministrativi e si sono diffusi nuovi rimedi “alternativi”.

Peraltro, la tendenza generale ad assicurare la piena tutela degli interessati non comporta il superamento delle peculiarità procedimentali e processuali a garanzia di un adeguato svolgimento dell’azione amministrativa, nell’interesse pubblico.

2.1. Il caso della Gran Bretagna (parlando, con licenza, in via di sintesi dato che, come è noto, non è tuttora possibile una considerazione unitaria dell’ordinamento giuridico del Regno Unito per le perduranti differenze giuridiche tra i sistemi che lo compongono, specie lo scozzese) è giustamente portato ad esempio emblematico di come un ordinamento tipicamente monistico – il prototipo, anzi, di questo modello – si sia aperto ad una forma di giustizia specializzata, che dell’unitarietà della giurisdizione mantiene solo la veste formale.

Sino alla fine degli anni settanta dello scorso secolo, l'ordinamento inglese non conosceva rimedi ordinari nei confronti degli atti amministrativi, ma solo i tradizionali *prerogative orders* di *common law* (*certiorari*, *mandamus*, ecc.) e i più recenti rimedi di *declaration* e *injunction*. Ne risultava un sistema in cui i diritti dei singoli erano tutelati solo parzialmente, ad onta del tanto affermato *Rule of law*, e praticamente eccezionale era il controllo della discrezionalità amministrativa.

All'epoca, i giuristi più sensibili, come De Smith, non mancavano di mettere in luce il paradosso di un sistema in cui secondo l'orgogliosa affermazione di Dicey, ripetuta per decenni da altri grandi giuristi e giudici inglesi, il diritto amministrativo non è conosciuto, né è necessario averlo; ma che in concreto finisce per non assicurare pienezza di tutela ai singoli, per ossequio ad una tesi divenuta ritualistica e sempre più contraddetta dall'effettiva evoluzione ordinamentale.

La situazione era per molti intollerabile, specie per il ruolo centrale assunto dall'amministrazione nel quadro del *Welfare State* che, a partire dal secondo dopoguerra, aveva profondamente segnato l'ordinamento britannico. Si verificava infatti uno sviluppo straordinario di discipline molto distanti dal diritto comune e perciò progressivamente riconosciute come il nuovo diritto amministrativo; rispetto alle quali non vi era un equivalente sviluppo di specifiche forme di tutela né regole processuali *ad hoc*, secondo l'antico ed imprescindibile principio della correlazione tra *jus* e *remedium*, e tra diritto e processo.

Né avevano avuto l'effetto sperato le varie forme di ricorsi amministrativi decisi da organismi contenziosi specializzati (denominati *Administrative Tribunals*, con lessico fonte di equivoci nelle traduzioni letterali), secondo riti più interessati alla sostanza della controversia che ai suoi caratteri giuridici.

Infatti, dopo la decisione di questi organismi *quasi-judicial*, con particolare esperienza sul merito, risultava carente la fase degli appelli giurisdizionali a causa della rilevata assenza di appropriate procedure e di giudici specializzati.

Per effetto di questa situazione, a fronte di un vastissimo contenzioso amministrativo, i ricorsi giurisdizionali erano in rapporto modesto. I numeri venivano spesso fraintesi fuori dal loro contesto, da ammiratori della *common law* e da detrattori dei sistemi dualistici, come espressivi della capacità del sistema inglese di sistemare le controversie prima del formale contenzioso; quando in realtà rappresentavano il frutto della arcaicità degli strumenti di tutela dei singoli a fronte degli atti pubblici.

La riforma del 1977, prevista in via regolamentare (*Order 53*) con modificazione delle regole procedurali della *High Court*, perfezionata poi negli anni successivi con lo strumento legislativo (in particolare, con il *Supreme Court Act* del 1981), ha introdotto nel sistema inglese una specifica procedura per i ricorsi avverso la pubblica amministrazione (la *application for judicial review*), che per amor di tradizione si è cercato di mantenere conforme al criterio del controllo giurisdizionale su ogni decisione di autorità pubblica, considerato inerente al sistema inglese.

La procedura è improntata a regole assai simili a quelle vigenti negli ordinamenti in cui da tempo esistono particolari forme di tutela giurisdizionale. Così, esemplificativamente, per il breve termine per la presentazione dell'*application*, la legittimazione a ricorrere (*locus standi* o *standing*), l'autorizzazione giudiziaria preventiva al ricorso (detta *leave*); le regole istruttorie particolari. La *judicial review* si estende sino al controllo della discrezionalità, con una giurisprudenza (ad onor del vero iniziata già prima delle confini dell'*ultra vires* (De Smith, Woolf & Jowell). Il sistema si sviluppa su

più gradi, con possibilità di appello alla *Court of Appeal* e, in ultimo grado, ricorso alla *House of Lords*.

Dal punto di vista dell'organizzazione giudiziaria, i casi amministrativi vengono trattati da una specifica divisione della *High Court*, la *Divisional Court* del *Queen's Bench*, composta da giudici che, pur appartenendo al giudiziario ordinario (e unico), fanno parte di una distinta sezione (la “*list*”) e sono specializzati per esperienza specifica delle materie esaminate e per esclusività della competenza esercitata. E' dunque giustificato l'appellativo, oggi usuale, di “giudici amministrativi” per i membri di questa sezione del giudiziario, e la configurazione del sistema di giustizia amministrativa così formato quale variante del modello a giurisdizione unica.

Un decisivo contributo alla valorizzazione della procedura di *judicial review* è derivato dalla giurisprudenza, che con il noto caso *O' Reilly/Mackman* deciso dalla *House of Lords* nel 1983, ha affermato il suo carattere esclusivo in tutte le questioni di diritto pubblico. La portata della sentenza va, ovviamente, ben oltre il dato tecnico processuale, in quanto implica – come francamente affermato dal giudice Lord Diplock – l'affermazione della distinzione diritto pubblico/diritto privato, in precedenza a lungo contestata.

La realizzazione in Inghilterra di un sistema di “giustizia amministrativa” ha consentito di avere forme di tutela giurisdizionale a carattere organico e modellate sulle forme attuali dell'agire amministrativo, con la rivitalizzazione dei *prerogative orders* da rimedi speciali in forme di azione a disposizione di coloro che intendono contestare l'azione della pubblica amministrazione.

La “giurisdizionalizzazione” della tutela, lungi dal togliere spazio ai rimedi amministrativi, ha semmai chiarito il ruolo degli *Administrative Tribunals* e delle procedure di tutela “alternativa”, che, senza essere una panacea universale, possono trovare un effettivo spazio di operatività in un contesto completo di

ogni forma di tutela. Come mostrano i dati costanti dell'ultimo ventennio, le procedure per *application* risultano all'incirca quattromila per anno, mentre i casi decisi dai tribunali amministrativi, oltre centomila (escludendo i ricorsi tributari).

A quasi un trentennio di esperienza applicativa, le riforme avviate nel 1977 risultano un grande successo ed hanno contribuito a migliorare l'integrazione giuridica del sistema britannico nell'Unione europea, nonché ad attuare appieno la Convenzione dei diritti dell'uomo del 1950, con tutte le connesse implicazioni, anche per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione.

2.2. Un caso apparentemente opposto a quello inglese è la Spagna, ove, partiti da un sistema misto con forti connotazioni dualistiche, si è giunti ad un modello monistico con prevalenza del contenzioso amministrativo.

L'esito del percorso seguito dall'ordinamento spagnolo negli ultimi quattro decenni – in parte dovuta a fenomeni interni (la restaurazione della democrazia e la nuova Costituzione) in altra parte a ragioni comuni a vari ordinamenti europei, come l'influenza del diritto europeo – è molto simile a quello inglese avvenuto nello stesso periodo, malgrado i diversi punti di partenza. Sono stati infatti creati organi specializzati della *Jurisdiccion Contencioso-Administrativa* (le *Salas de lo Contencioso Administrativo*), con al vertice la *Sala de Revision* del *Tribunal Supremo*, con giudici dedicati e procedure particolari.

Particolare influenza riformatrice ha avuto la nuova Costituzione democratica del 1978, ove l'art. 24 ha ripreso l'omologo articolo della nostra Costituzione, ma con una significativa apertura all'effettività della tutela (si vedano anche, nello stesso senso, l'art. 106), e la conseguente “piena giustiziabilità dell'azione amministrativa” (*Tribunal Constitucional*, sentenza n. 238/1992). Su tale base si sono sviluppate iniziative per sostanziali innovazioni

processuali, come per il tema degli strumenti cautelari, ove il sistema spagnolo era particolarmente arretrato, e per una disciplina del procedimento amministrativo aperta anche alle forme di tutela infraprocedimentali; così da assicurare la tutela piena ed effettiva cui la Costituzione impegna le istituzioni spagnole. L'ambito del contenzioso giurisdizionale amministrativo si estende a tutte le pretese relative dell'amministrazione soggetti al diritto amministrativo ed a varie altre problematiche, quali i contratti amministrativi, e la responsabilità patrimoniale della pubblica amministrazione.

Il carattere di questa giurisdizione specializzata si è nettamente evoluto dall'iniziale modello di giurisdizione di tipo obbiettivo, finalizzata principalmente a garantire la legittimità dell'azione amministrativa, a quello di processo tra parti, affidato ad un giudice posto in condizione di indipendenza e dotato di appropriati poteri per la piena tutela degli interessati, in conformità alle indicazioni della Costituzione.

Il sistema spagnolo si segnala non soltanto per confermare la linea di tendenza sopra delineata, ma anche per alcune peculiarità processuali di interesse per gli altri ordinamenti vicini. Una di queste è la combinazione del modello dispositivo del processo amministrativo con un rilevante potere riconosciuto al giudice per l'eventuale sottoposizione alle parti di ulteriori profili di illegittimità, dalle stesse non rilevati. Si tratta di un istituto processuale particolarmente utile; tra l'altro, per aprire il diritto processuale nazionale al riconoscimento del parametro comunitario senza passare attraverso una radicale revisione dei principi interni. Un'altra peculiarità – almeno per altri ordinamenti latini, come l'italiano; non per quello britannico, che conosce l'istituto del *leave* – è l'istituto della *admission*, che consente al giudice di filtrare ricorsi palesemente inammissibili.

2.3. Il caso tedesco, a sua volta, mostra un sistema di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione basato sul modello del giudice speciale, con una propria e compiuta disciplina processuale, secondo il modello codicistico, istituito con carattere di giurisdizione obbiettiva, quale garanzia della legalità dell'azione amministrativa, ma che si è rapidamente evoluto nella direzione della piena tutela del singolo.

A ciò hanno concorso vuoi le riforme legislative che la giurisprudenza (peraltro non così rilevante come in altri ordinamenti); in analogia, per quanto possibile, con il sistema processuale ordinario e nella prospettiva indicata dalla Costituzione (GG, art. 19, c. 3; art. 95, sulla indipendenza del giudice). Nell'ambito del *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO) del 1960, come più volte integrato e modificato, ne sono testimonianza le regole sulla legittimazione, le riforme in tema di poteri cautelari, i vari tipi di azioni ed in particolare quella di adempimento (di straordinario interesse, ma difficilmente imitabili al di fuori di quel contesto). Ciò in attuazione del criterio generale sull'ambito della giurisdizione amministrativa di cui all'art. 40 del VwGO, secondo il quale si può ricorrere alla giurisdizione amministrativa in tutte le controversie di diritto pubblico di natura non costituzionale, salvo che la legge federale non le assegni espressamente ad altro giudice.

Anche in Germania appare sempre più stretto il collegamento tra procedimento e processo, con modelli normativi simili in quanto a tendenziale codificazione e sistematicità, tra loro in piena sinergia. L'efficacia del processo amministrativo, anche ai fini della soddisfacente combinazione degli interessi, fa sì che in Germania i rimedi "alternativi" non abbiano un particolare peso; mentre, in controtendenza rispetto alla maggior parte degli ordinamenti, rileva il procedimento di ricorso in opposizione, presupposto dell'azione giurisdizionale, noto come *Vorverfahren*.

2.4. Nei sistemi dualistici, come soprattutto la Francia che ne è il prototipo, la forza della tradizione e la capacità dei giudici amministrativi di rinnovare continuamente il quadro dei principi applicabili non hanno lasciato molto spazio a discussioni – altrimenti oziose – sul modello organizzativo e sulla purezza giurisdizionale del giudice amministrativo. Si avverte invece, pure in tali contesti, l'esigenza di andare decisamente oltre (senza ovviamente eliminare) la caratterizzazione del giudice amministrativo quale garante della giustizia nell'amministrazione, per assicurare la pienezza della tutela dei singoli avverso la pubblica amministrazione.

Non è stato finora necessario a tal fine alcun precetto costituzionale (è stato semmai il *Conseil constitutionnel* a “costituzionalizzare” taluni principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa), né un'organica legge processuale, stante la peculiare capacità creativa del giudice amministrativo di affinare principi ed istituti, se non addirittura a crearli. Taluni principi, al di là del possibile rilievo costituzionale, sono stati poi “consolidati” in leggi. E' il caso, recentemente, delle riforme del 1995 e degli anni successivi in tema di potere generale di ingiunzione, di potere di irrogare sanzioni (*astreinte*) alle amministrazioni inottemperanti, l'arricchimento delle misure cautelari (ad esempio con *référé précontractuel*), combinati con un penetrante potere inquisitorio che consente al giudice di essere il “signore del processo”.

La latitudine assunta dal *contentieux administratif* si riflette anche nei vari rimedi esperibili, che dal tradizionale *recours pour excès de pouvoir* si sono estesi a vari altri tipi di azione, ed in particolare al *contentieux de la pleine juridiction*.

Oltre alla peculiarità del ruolo giurisprudenziale – che, con l'eccezione tedesca, è comune nel diritto amministrativo a gran parte degli altri ordinamenti,

compreso quello europeo – rimane tipica (negativamente) della Francia la gracilità della disciplina del procedimento amministrativo. Tutto ruota ancora sull'atto amministrativo e sulla *procedure contentieuse*, laddove ogni altro ordinamento ha sviluppato modelli procedurali in cui accanto alla partecipazione degli interessati vi è anche largo spazio per garanzie e istituti di garanzia *prealable* alla tutela giurisdizionale. Per ovviare a questa carenza, a ben poco sono finora valse le sollecitazioni degli studiosi e, indirettamente, delle istituzioni comunitarie.

Malgrado l'ottima riuscita del sistema francese di giustizia amministrativa, nel dibattito più recente si avvertono voci che auspicano la fine del dualismo giurisdizionale, che avrebbe ormai perso la sua storica e fruttifera motivazione in un sistema di tutela ormai decisamente "soggettivizzato". Le ragioni addotte sono molto simili a quelle analogamente fatte valere in Italia, ma oggettivamente remote rispetto alla dinamica del processo amministrativo ed all'effettività della tutela così assicurata; in sostanza, *une cause perdue* (come riconosce D. Truchet, uno dei "riformisti").

In conclusione, le esperienze esaminate confermano che il problema organizzativo del sistema (monismo o dualismo) è di regola pretermesso rispetto all'esigenza di costruire o perfezionare una razionale disciplina processuale, capace di assicurare pienezza di tutela giurisdizionale agli interessati, dopo che sono stati utilizzati tutti gli altri strumenti di garanzia nel procedimento o "alternativi".

Vari altri esempi potrebbero essere richiamati. Basti per tutti il caso del Belgio - storico prototipo di modello monistico e uno dei riferimenti maggiori per il nostro legislatore del 1865 - che nel secondo dopoguerra ha sviluppato, con l'avallo della Costituzione (art. 92 e segg.), una ben definita giurisdizione amministrativa, incentrata sul Consiglio di Stato. Le ragioni di questa

evoluzione sono state, ancora una volta, di carattere “realistico”, ovvero per assicurare una piena tutela nei confronti della pubblica amministrazione, che il giudice ordinario non riusciva adeguatamente a realizzare.

3. L'Unione europea e l'incerto cammino della europeizzazione dei diritti processuali nazionali

Nell'ambito dell'Unione europea, due sono i principali motivi di interesse: l'originale configurazione sovranazionale assunta dalla giustizia amministrativa, e il grado e le forme dell'influenza europea sui diritti processuali nazionali.

Il profilo sovranazionale si avverte principalmente, da un lato, per la diretta rilevanza di molti atti comunitari nei confronti dei singoli (non essendo ormai più regola quella della esecuzione indiretta del diritto europeo, ovvero per il tramite delle amministrazioni nazionali), con la conseguenza della tutela avanti i giudici comunitari senza alcuna preliminare istanza nazionale; dall'altro, per la riserva alla Corte di giustizia del potere di interpretazione del diritto comunitario applicabile alla fattispecie affidata alla giurisdizione del giudice nazionale. Quest'ultimo può, e in certe circostanze deve, rimettere alla Corte in via pregiudiziale il quesito in ordine al punto comunitario controverso, rimanendo vincolato all'interpretazione che ne darà il giudice comunitario. Meno rilevante è stata finora – e prevedibilmente anche nel prossimo futuro – la diretta armonizzazione del diritto processuale per effetto di direttive o regolamenti comunitari.

Vi è poi l'influenza del diritto europeo attraverso la rilevanza dei principi generali di diritto comunitario, elaborati nel tempo dalla Corte di giustizia e divenuti, sempre per sua giurisprudenza, vincolanti anche quando non recepiti nei Trattati (come il principio di proporzionalità) o consolidati in direttive di

settore (come per l'accesso agli atti). Molti di tali principi hanno rilievo principalmente procedurale, ma la loro rilevanza si estende direttamente o indirettamente anche al processo. Tale è, tra gli altri, il principio di legittimo affidamento.

La cautela delle istituzioni comunitarie in campo processuale deriva, sul piano giuridico, dal principio di autonomia processuale (nonché procedimentale) degli Stati membri, che la Corte di giustizia ha dapprima forgiato in modo apparentemente generale e, poi, conformato in termini assai più realistici, al fine di assicurare anche in questo campo l'effetto utile dei principi comunitari. Sul piano politico-istituzionale, poi, dalla decisione di non forzare il processo di integrazione attraverso un'armonizzazione della disciplina delle garanzie in misura corrispondente alla rilevante armonizzazione del diritto sostanziale in molteplici materie a rilevanza comunitaria. E' nella giurisdizione e nelle forme della tutela che risiede infatti l'ultima oasi della tradizionale autonomia degli Stati membri, per quanto curioso possa risultare dopo l'unificazione monetaria nell'area euro e la rinuncia ad altre forme storiche della sovranità.

L'atteggiamento di *self restraint* delle istituzioni comunitarie è ben evidente nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia, dopo che negli ultimi due decenni, sentenza dopo sentenza, si era sviluppata una posizione che, premesso il principio di autonomia processuale, verificava che in concreto le norme processuali nazionali non rendessero impossibile o eccessivamente difficile la piena tutela delle situazioni giuridiche soggettive a base comunitaria. In tal modo, la Corte è riuscita a svolgere un penetrante potere di controllo sulle norme nazionali e, allo stesso tempo, ad introdurre nuovi standard di tutela per tutto lo spazio giuridico europeo.

Su tale base – che non riflette l’egemonia di un particolare sistema giuridico nazionale, bensì esprime la posizione raggiunta dalla Corte di giustizia in mediazione rispetto alle varietà dei singoli ordinamenti – si sono create vaste aspettative per ulteriori sviluppi che avrebbero potuto determinare direttamente, per la forza vincolante delle statuizioni giurisprudenziali europei e dei principi generali di diritto comunitario, quelle riforme che non si riusciva a realizzare nei singoli ordinamenti. Allo stesso tempo, le nuove forme di invalidità degli atti della pubblica amministrazione per violazione del parametro comunitario si pensava che potessero costituire una nuova categoria di invalidità amministrativa per anticomunitarietà, con effetti diversi dalle tradizionali forme di invalidità. In particolare, era considerato possibile estendere anche agli atti amministrativi comunitariamente illegittimi il potere di disapplicazione esercitabile nei confronti degli atti legislativi che violano il diritto comunitario, secondo i principi posti dalla Corte di giustizia sin dalla sentenza *Simmenthal* del 1978. Ma si arrivava a considerare maturo, sulla base del diritto comunitario, anche il superamento del principio dispositivo nel processo amministrativo e degli altri limiti dei poteri del giudice.

Probabilmente anche per il concomitante difficile cammino del Trattato che istituisce una Costituzione per l’Europa, i giudici comunitari hanno da ultimo scelto la via della massima cautela, come emerge da una coerente serie di decisioni, significativamente supportate anche dagli Avvocati generali (cfr. in particolare le sentenze della Corte di giustizia 27.2.2003, C-327/00, in tema di bandi di gara; 13.1.2004, C-2004, in tema di autotutela; 16.3.2006, C-234/00, sull’efficacia del giudicato).

Contraddicono questa giurisprudenza poche sentenze in cui la Corte di giustizia ha assunto una posizione intransigente, talora pure con conclusioni non condivisibili nel merito. Il caso più noto è quello della tutela cautelare *ante*

causam nel campo degli appalti pubblici, ove la Corte ha considerato vincolo direttamente scaturente dalla direttiva “ricorsi” (n. 665/1989) la previsione di tale specifica forma di tutela cautelare, senza limitazioni o alternative di sistema.

Il caso ha destato notevole clamore, non tanto per lo specifico istituto considerato (di rara applicazione, se correttamente applicato, e comunque ovviabile con altre più significative opportunità processuali) quanto perché le sentenze del 19.9.1996, C-236/95, e del 15.3.2003, C-214/00, rispettivamente riferite agli ordinamenti di Grecia e Spagna, non hanno considerato (specialmente carente è la sentenza sulla Spagna) che, anche in carenza della tutela cautelare *ante causam* esistevano altre complete forme di tutela tali da assicurare piene garanzie agli interessati alle procedure di appalto pubblico. Quando infine è stato il turno dell'Italia, pur dopo le innovative riforme della legge n. 205/2000 e l'esautiva ordinanza n. 179/2002 della Corte costituzionale (che ovviamente le esaminava nella prospettiva della conformità con il diritto costituzionale di difesa) , il giudice comunitario per confermare i risultati raggiunti ha usato lo strumento dell'ordinanza (utilizzato nel diritto processuale comunitario per i casi ormai consolidati), richiamando i precedenti senza curarsi di prendere in considerazione le valide argomentazione della nostra Avvocatura dello Stato (cfr. l'ordinanza 29.4.2004, C-202/03).

Si tratta comunque di eccezioni, come detto, dato che i casi guida della Corte denotano un diverso e più cauto indirizzo. La stessa Commissione esprime adesso la medesima posizione, come in particolare risulta dalla proposta di nuova direttiva ricorsi (presentata il 4 maggio 2006, COM-2006, finale). La proposta trae origine dalla necessità di adeguare le forme comunitarie di tutela nel settore appalti alle molte novità apportate dalla “codificazione” della materia con le direttive n. 17 e 18 del 2004. Ma è significativo che mentre il diritto

sostanziale degli appalti è vieppiù comunitarizzato dalle ultime direttive del 2004, i profili della tutela non si sviluppano in misura neanche lentamente comparabile; ed anzi, in taluni casi, retrocedano. E' il caso delle interessanti forme di tutela preliminare al contenzioso giurisdizionale già previste nelle direttive "ricorsi" del 1989 (n. 665) e del 1993 (n. 13), che sono alla base di recenti riforme italiane come la procedura di verifica affidata all'Autorità di vigilanza dall'art. 6, c. 7, lett. n), del Codice dei contratti pubblici (il d. lgs. n. 163/2006).

Malgrado l'incerto cammino delle istituzioni comunitarie, l'influenza del diritto europeo sul diritto processuale nazionale è stata già assai significativa; per non dire degli sviluppi di diritto sostanziale, ma a diretto rilievo anche processuale come la risarcibilità degli interessi legittimi ingiustamente lesi (la notissima sentenza n. 500/1999 delle Sezioni Unite della Cassazione ha come una delle sue principali motivazioni proprio le argomentazioni di diritto comunitario). Basti considerare che la consapevolezza della portata del principio di effettività della tutela è alla base delle principali innovazioni della legge n. 205/2000, come la riforma organica della fase cautelare.

Al di là della questione di sin dove si può svolgere l'influenza comunitaria sul diritto processuale nazionale, anche nella specifica prospettiva della giustizia amministrativa il diritto europeo offre utili indicazioni.

Anzitutto, per il diritto comunitario è irrilevante il modello organizzativo del giudiziario nazionale. L'interesse europeo non è per un particolare modello di giurisdizione, monistico o dualistico, o varianti di questi, bensì per la garanzia di taluni principi generali, considerati essenziali per assicurare livelli minimi di tutela, e per il concreto funzionamento del sistema processuale nella prospettiva della tutela effettiva.

In secondo luogo, dal diritto comunitario, che più di ogni altro sistema aveva dato rilievo all'interesse pubblico (nel caso, specialmente all'interesse per lo sviluppo dell'integrazione europea), emerge la progressiva centralità della tutela dei singoli; anche se tali garanzie possono rendere difficoltoso il funzionamento del sistema europeo in punti cruciali, come per il principio di uniformità. E' il caso ad esempio delle nuove opportunità di tutela cautelare avverso atti delle istituzioni e degli organi comunitari.

In terzo luogo, poi, anche nel diritto processuale propriamente comunitario applicabile nei giudizi avanti al giudice europeo mostra un preciso interesse a garantire i profili di pubblico interesse, nonché dei pubblici soggetti coinvolti. Ne fanno fede i termini per il ricorso (simili a quelli nazionali), i criteri della legittimazione al ricorso (assai restrittivi e giustamente criticati), i limiti al potere del giudice.

Infine, ma solo per limitarci ai punti di maggiore rilievo, risulta confermata la tendenza a garantire un sempre più organico sistema di tutela con un giudiziario complesso ed articolato su più livelli. Infatti, dopo la prima fase in cui la Corte di giustizia è stata il solo giudice comunitario, sommando in sé – con esperienza senza eguali negli ordinamenti noti – le diverse funzioni di corte costituzionale e di giudice ordinario e amministrativo, l'istituzioni del Tribunale di primo grado, organo giurisdizionale eminentemente amministrativo, ha esaltato il ruolo della Corte come giudice di appello e di ultimo grado. Con il Trattato di Nizza, poi, si è prevista l'istituzione di Camere giurisdizionali, quali giudici speciali su determinate materie, secondo il criterio della giustizia conformata specificamente sul tipo di controversia in modo da garantire un'alta qualificazione e l'apprezzamento del merito della questione controversa.

Le indicazioni scaturenti dall'integrazione europea sono rilevanti anche per quanto attiene sviluppi non ancora perfezionati. Si tratta delle previsioni

contenute nella Carta dei diritti fondamentali per l'Europa, proclamata a Nizza nel dicembre 2000, e nel Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, firmato nell'ottobre 2004 a Roma, che, oltre ad una sistemazione generale dell'assetto costituzionale dell'Unione europea, recepisce con marginali modifiche il contenuto della Carta. Tali atti prevedono, nel quadro delle disposizioni relative alla "cittadinanza", nuovi diritti nei confronti della pubblica amministrazione (art. II.101 e segg.) e nella prima parte (quella più originale) della Costituzione, che "gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nel settore del diritto dell'Unione" (art. I.29, comma 2).

Purtroppo, né la Costituzione europea né la Carta sono ancora in vigore, dato che il processo di ratifica della prima è stato per il momento bloccato dal negativo esito dei referendum in Olanda e Francia; e che la Carta è stata volutamente lasciata in un limbo giuridico, da cui sarebbe uscita divenendo la parte II° della Costituzione.

Malgrado questa situazione, la Carta dei diritti fondamentali è considerata dagli Avvocati generali e dai giudici comunitari una "fonte di ispirazione" da cui trarre utili indicazioni nei casi in cui siano in gioco le maggiori problematiche, tra cui ovviamente il diritto di difesa. Anche la Costituzione europea non è da ritenere senza effetti, dato il suo particolare procedimento di elaborazione "per Convenzione" e la sottoscrizione da parte di tutti gli Stati membri. I suoi principi, prima di divenire direttamente vincolanti per effetto dell'eventuale conclusione del processo di ratifica sono così da intendere quali componente dell' *acquis* comunitario, nel senso di livello minimo indefettibile di previsioni, parametro di riferimento per i soggetti tenuti all'applicazione del diritto comunitario.

4. *Le forme non giurisdizionali di tutela*

Abbiamo sinora esaminato le tendenze che, in tema di tutela giurisdizionale, emergono da alcuni ordinamenti giuridici di riferimento e dal sistema dell'Unione europea. Sarebbe limitativo, però, soffermarci solo sul tradizionale contenzioso giurisdizionale, dato che da una visione comparativa emerge una univoca indicazione per lo sviluppo di forme di tutela diverse dalla giurisdizione. Per una parte, forme di tutela di tipo amministrativo, preliminari alla giurisdizione, nel solco di una tradizione che in passato aveva accomunato anche l'ordinamento italiano; per altra parte, di carattere denominato "alternativo", in quanto potenzialmente atte a prevenire o superare il contenzioso giurisdizionale.

Questi istituti – in parte di remota origine, anche precedente allo Stato di diritto, in altra parte recentissimi, a dimostrazione di una notevole capacità di adattamento a molteplici situazioni ordinamentali – hanno la funzione, come detto, di prevenzione del contenzioso giurisdizionale o di superamento del contenzioso già insorto, sempre nella specifica prospettiva della tutela dei singoli e solo indirettamente della legalità amministrativa. Ove ben funzionanti, contribuiscono alla deflazione delle controversie giurisdizionali, con procedimenti che risultano anche più rapidi e meno costosi dei processi.

I ricorsi amministrativi, anzitutto, sono presenti e rimangono importanti in tutti gli ordinamenti considerati. La gamma della "tutela amministrativa" è quanto mai varia, andando dai ricorsi di tipo tradizionale - presentati alla stessa autorità che ha emesso l'atto lesivo oppure ad altra autorità dello stesso plesso amministrativo, comunque senza alcuna specializzazione contenziosa - a ricorsi presentati ad autorità specializzate che seguono procedure di tipo *quasi judicial*. Quest'ultimo è il caso, in particolare, dell'ordinamento inglese che da molto

tempo ha sviluppato un organico sistema dei già citati *Administrative Tribunals*, composti di regola non da funzionari amministrativi, ma da esperti del settore in posizione di indipendenza rispetto all'autorità coinvolta. I "Tribunali" trattano ogni anno un vastissimo contenzioso – largamente superiore per numero a quello giurisdizionale in Italia – con esiti normalmente soddisfattivi per le parti. I ricorsi giurisdizionali (le *applications*) risultano in bassa percentuale (comunque sempre rilevante, a conferma della positività delle riforme avviate nel 1977).

I ricorsi amministrativi mantengono una loro utilità per gli interessati quando, come avviene negli ordinamenti più avvertiti, non rappresentano semplicemente un necessario presupposto nel percorso finalizzato alla "vera" tutela, quella giurisdizionale; e sono trattati da soggetti che si distinguono per formazione e posizione dai funzionari il cui operato è da loro scrutinato. Tale invece era la situazione italiana sino all'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali, che ha sancito il sostanziale deperimento dei ricorsi amministrativi. Il caso degli *Administrative Tribunals* britannici è esemplare: sono infatti in posizione indipendente dall'amministrazione esaminata; hanno particolari garanzie operative che fanno parlare di organi *quasi-judicial*; seguono procedure di tipo contenzioso; adottano decisioni vincolanti per le amministrazioni.

A tali condizioni, i ricorsi amministrativi possono esercitare un'effettiva tutela, capace di prevenire il contenzioso giurisdizionale assai più significativamente delle *Alternative dispute resolutions* (ADR) di cui tra breve si dirà. Si consideri, in particolare, che una buona parte delle controversie amministrative implicano questioni tecniche o comunque non di carattere eminentemente giuridico, che possono essere meglio apprezzate nel loro merito da organismi specializzati. Non va inoltre sottovalutato il minimale costo della

tutela in via amministrativa, in una fase di generale aumento dei costi di giustizia, ad iniziare da quelli dovuti allo Stato.

Spesso confuso con la tutela amministrativa, ha avuto una grande espansione negli ordinamenti considerati l'istituto del difensore civico, o *Ombudsman* secondo l'originaria denominazione scandinava.

Il difensore civico – che i vari ordinamenti hanno configurato organizzativamente in modi assai diversi, a seconda della dimensione locale e/o regionale e nazionale – è usualmente preposto alla verifica, di regola su esposto delle parti, ma talora anche d'ufficio, dei casi di “cattiva amministrazione”, ovvero quando non si contesta tanto l'illegittimità dell'azione amministrativa, quanto la qualità dell'azione amministrativa. L'Unione europea ha dato un rilevante contributo alla definizione di “cattiva amministrazione”, altrimenti nozione dall'incerta portata, con il Codice della buona amministrazione, approvato dal Parlamento europeo con risoluzione del 6 settembre 2001; e con la previsione del diritto alla buona amministrazione nella Carta dei diritti (art. 41).

Nei casi in cui il difensore civico accerta trattarsi effettivamente di cattiva amministrazione, di regola non può intervenire direttamente per porre rimedio alla situazione ingiusta, ma segnala la questione all'attenzione della competente amministrazione, indicando anche gli appropriati provvedimenti da assumere. Malgrado che negli ordinamenti considerati la segnalazione non abbia carattere vincolante, difficilmente l'amministrazione si sottrae alla richiesta di intervento; almeno in diretta correlazione al prestigio istituzionale del difensore. Possono esservi anche relazioni annuali con cui il difensore sollecita riforme a suo avviso necessarie.

La connessione con il tema dei ricorsi amministrativi è impropria, principalmente perché il difensore civico ha posizione indipendente e si pone

come “censore” delle amministrazioni, senza in alcun modo esserne parte; e perché normalmente gli organi decisori dei ricorsi amministrativi hanno il potere di annullare o riformare i provvedimenti impugnati. In comune, vi è il largo spazio per la valutazione del merito del caso, con residuale rilievo dei profili di legittimità.

Nei paesi di origine, il Nord Europa, ed in altri – come la Spagna – ove ha con successo attecchito, la figura del difensore civico riscuote un largo apprezzamento quale completamento della tutela in aree altrimenti non presidiate dalla legalità; successo tanto maggiore in caso di attribuzione al difensore di poteri decisori o sostanzialmente vincolanti nei confronti delle amministrazioni. Non sono chiare le ragioni per le quali in altri ordinamenti, come l'Italia che più ci interessa, il difensore civico ha vita grama, in quanto raramente utilizzato, quasi sempre in relazione a questioni amministrative oggettivamente marginali, e con conseguenze poco efficaci. Ha certamente avuto un ruolo negativo la carenza di un difensore civico nazionale, per paradossale effetto dell'evoluzione autonomista dell'ordinamento repubblicano; ma la debole esperienza sinora avutasi sembra più espressiva della perdurante centralità della cultura del processo che di lacune normative. A poco sembra destinato anche la popolarità rapidamente acquisita anche in Italia dal Mediatore europeo, che appare figura “altra” rispetto ai difensori civici locali.

Per quanto i ricorsi amministrativi e i difensori civici riescano ad assicurare occasioni soddisfattive per coloro che si ritengono lesi da cattiva o illegittima amministrazione, gli ultimi decenni hanno visto, ovunque, un notevole aumento del contenzioso giurisdizionale. A tal punto da far parlare di inflazione contenziosa, di “crisi da successo” della giustizia amministrativa, di effetto paradossale di ineffettività della tutela per eccessiva domanda giurisdizionale. Certo è che si è verificato un effetto moltiplicatore del contenzioso, anche

amministrativo, in conseguenza dell'affinamento e completamento delle forme di tutela giurisdizionale: avvicinare la giustizia ai singoli con l'istituzione di organismi giurisdizionali locali, e migliorare le procedure applicabili, ha determinato un salto del contenzioso, pure a parità di situazioni sostanziali rispetto alla situazione precedente alle riforme.

Da qui la diffusione in vari ordinamenti europei di strumenti di tutela originariamente sviluppatasi negli Stati Uniti, noti complessivamente come ADR (*Alternative dispute resolutions*). Si tratta di istituti di diversa natura ed efficacia, ma destinati ad incidere direttamente sul contenzioso, facendolo diminuire drasticamente non perché si offrono agli interessati tutele "alternative" alla giurisdizione (come il lessico inglese lascerebbe intendere), sebbene perché le ADR sono configurate come strumenti che possono appieno soddisfare gli interessi dei litiganti.

Ne fanno parte tanto procedure finalizzate ad evitare l'insorgere del contenzioso, quanto procedure alternative alle ordinarie forme di tutela giurisdizionale; nonché procedure che non hanno alcun carattere "alternativo", ma rappresentano esempi di procedure specializzate in determinate materie.

Si tratta dunque di istituti di diversa natura – talora prettamente civilistica – e con diversa efficacia, che si collocano non sempre in modo appropriato rispetto ai sistemi amministrativi ed ai diritti amministrativi nazionali. Tuttavia, la loro diffusione trova un consenso pressoché unanime, anche inaspettatamente dagli organi di giustizia amministrativa di maggiore tradizione, come il *Conseil d'Etat* che vi ha dedicato nel 1993 uno studio propositivo con larga eco anche fuori dalla Francia (*Règler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*).

Passata la fase della "scoperta" di questi istituti, con il connesso entusiasmo della novità, anche le ADR, come i ricorsi amministrativi e gli altri istituti

esaminati nel presente paragrafo, non si dimostrano una panacea ai guasti di un eccessivo contenzioso, né un anatema per l'intrinseca contraddittorietà con i profili di pubblico interesse, come contrapposti "partiti" di studiosi e commentatori hanno accanitamente sostenuto. Lungi dall'essere "alternative" o risolutive, le ADR risultano invece un ulteriore completamento della tutela dei singoli, utilizzabile specialmente a fronte di particolari problematiche emerse di recente, come le questioni trattate dalle Autorità amministrative indipendenti (comunicazioni e telecomunicazioni, concorrenza e mercato, energia, ecc.).

Dispiace che la recentissima proposta di nuova direttiva europea sui ricorsi in materia di appalti pubblici (la già citata proposta COM-2006, 195 finale) abbia accantonato alcuni istituti che, opportunamente valorizzati, avrebbero potuto dare un contributo rilevante alla deflazione giurisdizionale nel settore degli appalti, contrassegnato da vastissimo contenzioso e guida per altre materie. E' il caso, in particolare, del procedimento verifica preliminare della regolarità delle operazioni concorsuali (l'attestazione), il cui esito – nelle occasioni in cui si è chiesto questa "certificazione" – è risultato definitivo per l'assetto degli interessi in gioco. Tanto maggiore è il disappunto perché in Italia, come già accennato, il Codice dei contratti pubblici (d. lgs . n. 163/2006, art. 6. c. 7. lett. n) ha ripreso una procedura del genere, prevedendo che le parti interessate possano rimettere all'Autorità di vigilanza la valutazione preliminare su questioni insorte durante lo svolgimento di una gara.

5. Talune conclusioni

La prima domanda posta a base di questa indagine (serve ancora una giustizia amministrativa?) è di tipo prettamente funzionalistico, in quanto pone la questione se ha ancora utilità per gli interessati un sistema di tutela nei

confronti della pubblica amministrazione separato, o quantomeno specializzato, rispetto alla giurisdizione ordinaria.

In tale prospettiva, la risposta è sicuramente positiva. La giustizia amministrativa (usando ancora per comodità questa nozione in modo comprensivo di diversi istituti e discipline), lungi dal creare aree di privilegio giurisdizionale per le pubbliche amministrazioni, ha infatti ampliato le occasioni di tutela dei singoli e consente di giungere – pur con strumenti ed esiti variabili da un ordinamento all’altro – fino nei recessi più intimi della sfera amministrativa, come la discrezionalità. Il riconoscimento di queste particolari opportunità della giustizia amministrativa è venuto anche dall’ordinamento inglese, segnato per quasi un secolo dall’anatema di Dicey contro il diritto amministrativo e qualsiasi forma di tutela diversa da quella ordinaria affidata alle corti comuni.

In sostanza, assumendo come centrale il criterio dell’effettività della tutela – secondo le precise indicazioni scaturenti dal diritto europeo e da gran parte degli ordinamenti nazionali – la giustizia amministrativa ben risponde all’esigenza di un pieno scrutinio della pubblica amministrazione, e completa nei confronti di questa il diritto alla difesa dei singoli. Del tutto condivisibile è pertanto la conclusione di Garcia de Enterría nel recente studio *La justicia administrativa en el cambio de siglo: “La justicia administrativa, así perfeccionada, convertida en una tutela judicial plenaria y efectiva, no coartada, aproximativa o parcial, se ha erigido definitivamente en una pieza insoslayable de la concepción occidental del lo Estado de derecho”*.

Le critiche alla giustizia amministrativa – mai venute meno malgrado i risultati indubbiamente positivi del contenzioso amministrativo – non assumono ovviamente la prospettiva della effettività della tutela, ma quello costituzionale della unità della giurisdizione, la cui rottura non potrebbe essere giustificata da

nessuna ragione. In tal senso, la giurisdizione amministrativa, implicante un corpo giudiziario distinto o separato da quello ordinario e regole processuali in tutto o in parte diverso da quelle generali, è indubbiamente asimmetrica rispetto alla funzione giurisdizionale “generale”.

Ma non si tratta di una prospettiva convincente né dal punto di vista costituzionale, né da quello “realistico” che si rifà al principio dell’effettività della tutela quale principio generale che presiede alla funzione giurisdizionale. Nel primo senso, i vari sistemi di giustizia amministrativa hanno trovato il costante supporto dei giudici costituzionali, compresa la nostra Corte costituzionale che ha fatto propria la tesi della unità non organica, ma funzionale di giurisdizione. Nella prospettiva poi dell’effettività della tutela, una più attuale accezione dello Stato di diritto non si accontenta del rispetto di modelli formali di giurisdizione, ma privilegia sistemi di tutela nei confronti della pubblica amministrazione capaci di adeguarsi al continuo cangiare della funzione amministrativa e dei rapporti autorità e cittadini; favorisce l’integrazione della tutela giurisdizionale con vari strumenti di tutela amministrativa; riconosce la “denazionalizzazione” della giurisdizione a seguito dell’integrazione processuale scaturente dai sistemi giuridici ultrastatali, come il diritto europeo e il diritto delle nuove organizzazioni internazionali.

La seconda questione esaminata in questa indagine (l’utilità di un’indagine comparativa e sul diritto europeo) ha consentito di cogliere con profitto le tendenze in atto nei principali ordinamenti giuridici.

Anzitutto, per un tema “di tradizione”, come quello dei modelli di giustizia amministrativa, è inconfutabile il deperimento del modello monistico con prevalenza del giudice ordinario, per la prevalenza di organi e procedure specifiche per le questioni amministrative. Allo stesso tempo, i sistemi dualistici mostrano come il giudice amministrativo ed il suo processo siano stati

progressivamente avvicinati, per quanto compatibile con la natura delle cause trattate, al modello generale del processo civile. Più in generale, è ormai rara eccezione la questione dei modelli, a favore di un approccio sostanzialistico, attento ad assicurare concretamente la effettività della tutela.

Emerge poi ovunque l'interesse ordinamentale a calibrare la disciplina della giustizia amministrativa per garantire la piena ed effettiva tutela degli interessati; nonché la specificità del contenzioso con la pubblica amministrazione. Infatti, il principio della “parità delle armi” non preclude il rilievo delle peculiarità dell'interesse pubblico coinvolto, bensì solo della supremazia dello stesso.

Il tipo di disciplina è frutto principalmente dell'autonomo sviluppo proprio di ogni ordinamento, ed in tal senso si può parlare, come accennato all'inizio, di uno dei settori in cui ha ancora senso una comparazione giuridica nel quadro dell'Unione europea. Tuttavia, con l'infittirsi delle relazioni tra ordinamenti per la peculiare comunicazione giuridica che si verifica nello Spazio giuridico europeo, si sono fatti continui i fenomeni giuridici di imitazione, “trapianto”, “fertilizzazione” e simili, che stanno portando ad un esito largamente simile ad onta dei punti di partenza così differenti.

Opportunamente, l'Unione europea ha scelto di assecondare questo tipo di sviluppo spontaneo da parte degli Stati membri, senza forzare l'integrazione armonizzatrice. Di conseguenza sono limitati gli interventi normativi – per di più, quando esistono, nella forma delle direttive non dettagliate e non autoapplicative, in conformità al modello di direttiva previsto dai Trattati – e l'influenza maggiore avviene attraverso il rilievo dei principi generali di diritto comunitario.

6. Elementi di bibliografia

Le citazioni nel testo si riferiscono, nell'ordine, a: J Rivero, *Le juge administratif gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité?*, in *Melanges M. Waline*, Paris, LJDJ, 1974; A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, Giuffrè, 2005; S. Lessona, *La funzione giurisdizionale*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei e A. Levi, Firenze, Barbera, 1950, II, 202; M.P. Chiti, *Diritto amministrativo comparato*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, III, 1929; G. Alpa, *Prospettive della comparazione*, in *Pol. dir.*, 1995, 581; De Smith, Woolf and Jowell, *Judicial review of administrative action*, London, Sweet & Maxwell, 1995; D. Truchet, *Playdoyer pour une cause perdue; la fin du dualisme juridictionnel*, in *Actualité juridique, Droiti administratif*, 2005, 1767; E. Garcia de Enterria, *La justicia administrativa en el cambio de siglo*, Ciudad de Mexico, Fundap, 2003, 87.

Opere recenti fanno un sintetico punto della situazione (ivi anche ampia bibliografia per approfondimenti): AA.VV, *Giustizia amministrativa*, a cura di A. Sandulli, Milano, Giuffrè, in corso di stampa; M. Clarich, *Giustizia amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., III, 2767; Id, *La giustizia*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, II, 2021; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2005.

La prospettiva europea e comparata è approfondita da: D. De Pretis, *Il processo amministrativo in Europa*, Trento, 2000; Id., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo dei Paesi europei*, a cura di G. Falcon, Padova, Cedam, 2005, 203; G. Falcon, *La*

tutela giurisdizionale, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Milano, Giuffrè, 2° ed., in corso di stampa; M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2004, 483 ss.; AA.VV., *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, a cura di G. Recchia, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, Cedam, 1996.