

Federalismo e giustizia amministrativa

Vincenzo Cerulli Irelli

1. *Giustizia amministrativa e giurisdizione amministrativa nella Costituzione.*

1.1. La nostra Costituzione, unica tra le principali Costituzioni europee, contiene molteplici norme sulla giurisdizione amministrativa.

La Costituzione tedesca, all'art. 19, 4° co., stabilisce, com'è noto, il principio generale che chiunque venga leso "nei suoi diritti dal potere pubblico" possa "adire l'autorità giudiziaria", senza specificare di quale autorità giudiziaria si tratti. E la norma aggiunge, come una sorta di clausola di chiusura, che laddove "non vi sia una diversa competenza" (cioè la competenza di un'altra autorità giudiziaria, come appunto quella amministrativa) "è competente l'autorità giudiziaria ordinaria". E al successivo art. 95 stabilisce il principio dell'unità delle giurisdizioni.

Analogamente, la Costituzione spagnola, all'art. 106, dispone che "i tribunali controllano il potere regolamentare e la legalità dell'azione amministrativa, come la sottoposizione di essa ai fini che la giustificano". Anche qui il riferimento è generico e non specifico a un tipo di giurisdizione. E agli artt. 117 ss., stabilisce il principio dell'unità della giurisdizione, "come principio base dell'organizzazione e del funzionamento dei tribunali".

La Costituzione spagnola, chiaramente echeggiando quella italiana, afferma il principio che ogni persona abbia "il diritto di ottenere protezione effettiva dei tribunali per esercitare i suoi diritti e interessi legittimi, senza che in alcun caso questa protezione gli possa essere rifiutata" (art. 24): principio generale sulla tutela giurisdizionale, del tutto analogo al nostro, dove il riferimento agli interessi legittimi, chiaramente indica la protezione anche nei confronti dell'azione amministrativa.

La Costituzione francese tace poi del tutto sul punto, e non contiene neppure questi principi generali. Per cui, il *Conseil constitutionnel*, nel Paese d'origine del contenzioso amministrativo, ha dovuto espressamente affermare come rientrante tra i « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* » (sulla base del Preambolo), quello secondo il quale appartiene alla giurisdizione amministrativa « *l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités administratives* » (Cons. const. 23.1.1987, successivamente confermata).

La Costituzione italiana, viceversa, contiene numerose e incisive norme sulla giurisdizione amministrativa.

L'art. 24 afferma il principio generale della tutela (giurisdizionale) sia dei diritti che degli interessi legittimi (dove, per interessi legittimi indiscutibilmente si intendono le situazioni soggettive protette nei rapporti con le pubbliche Amministrazioni). L'art. 100, 1° co., individua il Consiglio di Stato come organo "di consulenza giuridico-amministrativa" nonché "di tutela della giustizia nell'amministrazione" (dove per "tutela della giustizia" si intende sia la tutela di carattere giustiziale, ad esempio quella esercitata in sede consultiva nei ricorsi al Presidente della Repubblica, sia quella propriamente giurisdizionale). L'art. 125 prevede l'istituzione presso ciascuna Regione di "organi di giustizia amministrativa di primo grado" (gli "altri organi di giustizia amministrativa" che, insieme al Consiglio di Stato, esercitano, secondo l'art. 103, la giurisdizione amministrativa). L'art. 103, 1° co., l'art. 113, 1° e 2° co., e l'art. 111, ult. co., individuano l'ambito della giurisdizione amministrativa come quella intesa alla "tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi" (così, l'art. 103, 1° co.); tutela che non può essere "esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti" (così, l'art. 113, 2° co.). Essa, come quella che ha ad oggetto segnatamente "gli atti della pubblica amministrazione" è sempre ammessa, tanto se abbia ad oggetto diritti, quanto interessi legittimi, con la distinzione, tuttavia, che nel primo caso essa ha sede presso gli "organi di giurisdizione ordinaria", nel secondo caso presso gli organi di giurisdizione "amministrativa" (così l'art. 113, 1° co.). Mentre l'art. 111, ult. co., stabilisce un limite al controllo in Cassazione delle decisioni (è da intendersi, tutte le decisioni, anche quelle concernenti diritti nell'ambito della giurisdizione esclusiva) del Consiglio di Stato (come organo di giustizia amministrativa di secondo grado: cfr. art. 125), nel senso che il ricorso avverso tali decisioni è ammesso "per i soli motivi inerenti alla giurisdizione".

E l'art. 113, ult. co., consente alla legge di determinare "quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica Amministrazione nei casi e con gli effetti stabiliti dalla legge stessa". Non solo perciò agli organi della giurisdizione amministrativa è riservato tale potere, secondo gli antichi principi derivanti dalle leggi rivoluzionarie francesi e da noi ribaditi dalle due leggi fondamentali del 1865 e 1889. Ma è il legislatore a stabilire a quali organi di giurisdizione esso spetta: e perciò, in via di principio anche agli organi della giurisdizione ordinaria.

Quanto alla fonte competente a disciplinare la giurisdizione, e perciò anche la giurisdizione amministrativa, la Costituzione, com'è noto, nel testo novellato della riforma del 2001, riserva espressamente alla legge dello Stato (in competenza esclusiva) detta materia, riserva da intendere non solo come comprensiva della disciplina delle forme della tutela e del processo, ma anche dell'organizzazione degli apparati preposti all'esercizio della giurisdizione (art. 117, 2° co., lett. l);

art. 111, 1° co.; art. 125). E la nuova norma aggiunge, tra le materie di competenza esclusiva dello Stato, la “giustizia amministrativa”.

1.2. La stessa nozione di “giustizia amministrativa” compare, come s’è detto, negli stessi termini all’art. 125 Cost., che prevede l’istituzione di “organi di giustizia amministrativa di primo grado”, in ogni Regione; istituzione cui ha provveduto la legge n. 1034 del 1971, istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali (TAR), organi perciò, per definizione costituzionale, di “giustizia amministrativa”.

La nozione appare corrispondente a quella usata nel testo originario della Costituzione, a proposito del Consiglio di Stato, come organo “di tutela della giustizia nell’amministrazione” (art. 100, 1° co.), oltre che, “di consulenza giuridico-amministrativa”, da intendere, segnatamente, del Governo, di cui l’organo, come la Corte dei conti, è definito “ausiliario”.

Non è necessario ricordare, perché è a tutti noto, l’origine del Consiglio di Stato, in Italia come in Francia, come organo di consulenza del Governo (anzi, dell’Esecutivo, prima del Re, e successivamente con la trasformazione in senso parlamentare della forma di governo, del Governo in quanto tale). Successivamente, il Consiglio di Stato nell’ambito del sistema del contenzioso amministrativo, acquista via via funzioni giurisdizionali, che in Francia si consolidano con la legge del 1872 e da noi, dopo la frattura prodotta dalla legge del 1865, si consolidano con la legge del 1889 e successivamente del 1907.

Resta il fatto, tipico dei nostri due sistemi, italiano e francese, che li differenzia in Europa da quelli della tradizione tedesca (cui si è allineata la Spagna), che il massimo organo della giurisdizione amministrativa (cioè il Consiglio di Stato) è anche organo adibito ad altre funzioni di carattere formalmente e sostanzialmente amministrative (come peraltro la Corte dei conti, nell’esercizio delle funzioni di controllo); tuttavia dotate di caratteri del tutto particolari rispetto alle altre funzioni amministrative, non essendo direttamente finalizzate a soddisfare in concreto interessi pubblici bensì a garantire la legittimità e l’opportunità dell’azione amministrativa (imparzialità e buon andamento, ai sensi dell’art. 97). Caratteri dovuti fondamentalmente alla natura dell’organo, magistratuale appunto, dotato delle garanzie di inamovibilità e di indipendenza dal Governo e in genere dal potere politico, del tutto equiparate a quelle proprie della magistratura ordinaria.

Se nella formula dello Stato di diritto la regola fondamentale è che i rapporti tra i soggetti siano regolati sulla base di criteri giuridici (*Rule of Law*), e se questo vale a maggior ragione nei rapporti tra Amministrazione e cittadini, “giustizia amministrativa” individua una nozione complessa, comprensiva non solo dei mezzi giurisdizionali e contenziosi per risolvere *ex post* i conflitti individuali generati dall’esercizio del potere pubblico, ma, in senso lato, di ogni altro strumento che l’ordinamento utilizza per legare l’amministrazione *ex ante* – prima che la sua azione

si perfezioni e divenga efficace - al rispetto delle norme e dei principi a garanzia delle libertà individuali e ad perseguimento di obiettivi di interesse generale (*Guicciardi*).

“Giustizia amministrativa”, dunque, è nozione più ampia di “giurisdizione amministrativa”; e tuttavia la comprende, rientrando in essa le altre funzioni proprie del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti) nella sua tradizione storica e nel suo attuale assetto, e cioè non solo quelle intese ad assicurare la tutela (giurisdizionale e contenziosa) delle situazioni soggettive protette nei confronti delle pubbliche Amministrazioni, ma anche quelle intese, appunto, ad assicurare imparzialità e buon andamento dell’amministrazione nel suo complesso e nelle singole sue manifestazioni. Funzioni distinte, dunque, dalla giurisdizione ma anche da quelle di amministrazione attiva, per il loro carattere di *neutralità*, che si svolgono “in posizione di estraneità ed indifferenza rispetto alla materia e agli interessi dei soggetti nei confronti di cui opera” (*A.M. Sandulli*).

Secondo un altro illustre Autore, l’espressione “giustizia amministrativa” (polisensa) indica “il complesso di mezzi che un ordinamento giuridico appresta per assicurare la conformità dell’azione amministrativa alle leggi e, in certi casi, ai principi dell’opportunità e della ragionevolezza” (*Nigro*).

Insomma, nella “giustizia amministrativa” rientrano non solo le attività giustiziali repressive e ripristinatorie, ma anche le funzioni di preventivo indirizzo verso risultati di legalità e buona amministrazione. Tra queste ultime funzioni emerge senz’altro quella consultiva sugli atti del Governo e segnatamente sugli atti normativi, per i quali è istituita un’apposita Sezione consultiva, ai sensi della legge n. 127/97 (mentre la funzione consultiva esercitata a proposito dei ricorsi al Presidente della Repubblica è piuttosto da ascrivere a quelle di carattere contenziosa). Con l’esercizio di tutte le funzioni, sia quelle giurisdizionali, quelle contenziose e di consulenza sugli atti del Governo, e segnatamente sugli atti normativi, il Consiglio di Stato opera, secondo la dizione in uso, al servizio dell’ordinamento, cioè in applicazione esclusiva della Costituzione e delle leggi, senza alcun coinvolgimento negli interessi di parte, ivi compresi quelli propri del Governo come organo politico (di fronte al quale, al Consiglio di Stato in quanto tale, e ai suoi “componenti”, è assicurata dalla legge “l’indipendenza”: art. 100, ult. co.). Allo stesso modo agiscono in posizione di neutralità le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti alle quali la l. n. 131 del 2005 ha attribuito poteri di collaborazione e di consulenza, da esercitare in favore degli enti del governo territoriale, in materia di contabilità pubblica, nonché ai fini della regolare gestione finanziaria, dell’efficienza e dell’efficacia dell’azione amministrativa (art. 7, comma 8, l. ult. cit.).

2. E’ affermazione corrente quanto infondata, che le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa, rappresentino una pedissequa recezione del sistema, come quello nel quale le controversie con le pubbliche Amministrazioni sono affidate alla cognizione di due ordini

giurisdizionali, a seconda che esse coinvolgano questioni di diritti o di interessi legittimi, sulla base dell'assetto normativo delineato dalle due leggi fondamentali del 20 marzo 1865, allegato E, e del 31 marzo 1889 n. 5992; assetto successivamente definito da una giurisprudenza della Corte di Cassazione che sin dall'inizio (a partire da Cass.SS.UU. 24/6/1891 n.460, caso Laurens) stabilì la rigidità del sistema del riparto come quello fondato sulla distinzione tra controversie concernenti diritti e controversie concernenti interessi, le une e le altre fornite di un sistema proprio e differenziato di tutela giurisdizionale esercitata dall'uno o dall'altro ordine giurisdizionale; assetto poi modificatosi in virtù della svolta giurisprudenziale, iniziata a partire da decisioni degli anni '20, ma consolidatasi solo negli anni '40 (Cass., S.U. 4/7/1949, n. 1657), secondo la quale a fronte dell'esercizio di poteri amministrativi di carattere discrezionale o comunque autoritativo, le situazioni soggettive di diritto vengono tutelate nella forma propria degli interessi legittimi, cioè davanti al giudice amministrativo (c.d. dottrina della degradazione); talché l'ambito della giurisdizione ordinaria nelle controversie amministrative si era venuto riducendo a casi marginali; assetto toccato nella sua sostanza dal legislatore soltanto con la legge del 1923 (r.d. 30/12/1923 n. 2840) istitutiva della giurisdizione esclusiva, di una giurisdizione cioè affidata al giudice amministrativo in determinate materie (segnatamente: pubblico impiego) con oggetto sia controversie concernenti diritti che interessi legittimi.

E invero, il testo costituzionale conferma la duplicità delle giurisdizioni, il criterio di riparto fondato sulla distinzione tra situazioni soggettive, la possibilità che in determinate materie il giudice amministrativo conosca anche delle controversie concernenti diritti; e si spinge sino a stabilire il limite del controllo in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato ai motivi attinenti alla giurisdizione, secondo quanto stabilito dall'antica legge del 31/3/1877 n. 3761.

Ma il testo costituzionale contempla principi innovativi dell'antico sistema; segnatamente su due punti.

Anzitutto, in quello che possiamo denominare il principio della pienezza della tutela giurisdizionale nei confronti delle pubbliche Amministrazioni, principio che emerge dall'art. 24, laddove la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi è equiparata a quella dei diritti, come tutela piena, capace di utilizzare tutti gli strumenti previsti dall'ordinamento; e nell'art. 113, 2° co., laddove si stabilisce che questa tutela non possa essere esclusa a fronte di determinati atti o limitata a particolari mezzi di impugnazione, secondo quanto, viceversa, veniva praticato nell'antecedente legislazione.

A fronte dell'esercizio del potere pubblico, tutte le situazioni protette (rappresentate dal distico "diritti e interessi legittimi" dell'art. 24), a prescindere dalla loro intima natura, sono allo stesso modo tutelate. Principio questo, dal quale possiamo trarre importanti conseguenze anche sul piano sostanziale, oltre che in ordine alla tutela giurisdizionale; in un ordinamento nel quale ormai

prevale l'idea di un potere pubblico che si esprime in rapporti giuridici nei quali i soggetti si scontrano in posizione sostanzialmente paritaria, essendo ciascuno (pubblico o privato) portatore di situazioni protette, in differente modo, dalla legge, e operanti nello spazio a ciascuno riservato dalla legge.

Dagli Amici fiorentini, viene icasticamente affermato che il “punto logico di partenza” (da intendere: il fondamento della nostra disciplina), che Ranelletti identificava nello Stato (e non nella libertà!) si ribalta nel primato della libertà sullo Stato; cioè, appunto, nella pari dignità delle situazioni protette dalla legge, pubbliche o private che siano, come quelle che allo stesso modo accedono alla tutela giurisdizionale.

Il secondo punto di innovazione è dato dall'affermazione del principio di cui all'art. 113, ult. co., che il legislatore possa determinare quali organi di giurisdizione abbiano il potere di annullare gli atti della pubblica amministrazione, superando in ciò l'antico divieto di cui all'art. 4 della legge del 1865.

Dai principi costituzionali, come interpretati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, ormai consolidata a seguito delle importanti sentenze che sono seguite a partire dalla notissima n. 204/04 (che il nuovo Codice, pur con qualche perplessità accoglie) viene delineato un sistema di tutela delle situazioni protette nell'ambito dei rapporti con le pubbliche Amministrazioni, del tutto equiparato a quello proprio dei rapporti interprivati. Le situazioni protette nell'ambito di quei rapporti, differenti secondo la disciplina sostanziale degli stessi, ma accomunate nella nozione di interesse legittimo, sono tutelate, ove i rapporti sostanziali si traducano in controversie (laddove la dialettica degli interessi coinvolti non abbia potuto trovare reciproca soddisfazione nell'ambito del procedimento nel quale il rapporto sostanziale si è svolto) davanti a un giudice (il giudice amministrativo) che ha nelle sue mani tutti gli strumenti di tutela predisposti dall'ordinamento, di carattere costitutivo, dichiarativo, risarcitorio, cautelare, etc.; avendo come unico obiettivo da perseguire, nell'ambito del processo, secondo il principio fondamentale che caratterizza la giurisdizione, quello di dare ragione a chi ha ragione (e torto a chi ha torto) e applicare gli strumenti in suo possesso per far sì che chi ha ragione possa conseguire effettivamente ciò che gli è dovuto.

Insomma, ci troviamo di fronte a un sistema di tutela nei rapporti con le pubbliche amministrazioni (rapporti di diritto pubblico) del tutto equiparato al sistema di tutela proprio dei rapporti interprivati (pur con le particolarità imposte dal differente processo, il processo amministrativo, nel quale le controversie di diritto pubblico trovano tutela).

La giurisdizione amministrativa si differenzia perciò dalla giurisdizione ordinaria (in virtù di una scelta costituzionale consapevolmente assunta, com'è noto) solo per il fatto di essere attribuita a un ordine giurisdizionale diverso da quello ordinario; ma non per differenza nelle

modalità e nell'intensità della tutela; che è, e non può non essere, quella richiesta nel concreto, dalle situazioni protette di cui si tratta nell'ambito dei rapporti che alle controversie hanno dato origine.

2. *La Repubblica italiana verso il "federalismo"*.

La Repubblica italiana, come ridisegnata nel suo assetto istituzionale dalla riforma costituzionale 2001 (artt. 114 ss. Cost.), ha mantenuto il carattere di Stato regionale che già aveva nel disegno originario della Costituzione; ma ha acquisito elementi strutturali che ne accentuano fortemente l'assetto di governo decentrato, con alcune connotazioni di federalismo. Si può dire che siamo di fronte ad un ordinamento non ancora federale ma che va verso il federalismo.

Si afferma questo, con tutte le cautele necessarie, tenendo conto della diffusa convinzione in dottrina, che le differenze tra Stato regionale e Stato federale siano piuttosto quantitative che qualitative, con lo sguardo rivolto all'esperienza di Stati nati dall'aggregazione di diverse e sovrane entità politiche (Stati), nei quali via via s'è persa l'originaria impostazione, acquistando lo Stato centrale funzioni di governo sempre più forti, in larga misura coincidenti con quelle dello Stato nei sistemi regionali. Si tratta piuttosto di gradazioni nell'imputazione alle entità politiche periferiche (Stati membri, Cantoni, Regioni, Comunità) di poteri di governo più o meno forti, di capacità di iniziativa politica più o meno intensa, come enti esponenziali delle rispettive comunità (politiche) nell'ambito della comunità nazionale rappresentata nel suo complesso dallo Stato centrale.

In dottrina, due caratteri vengono generalmente considerati al fine di ascrivere lo Stato al *genus* degli Stati federali piuttosto che a quello degli Stati regionali (pur con perplessità). In ordine alla competenza legislativa, l'attribuzione alle entità politiche decentrate, di una competenza generale e residuale, che si eserciti cioè in tutti i settori (materie) non attribuiti alla competenza dello Stato centrale (il quale a sua volta, non può fuoriuscire con la propria legislazione dalle materie espressamente attribuite). In secondo luogo, si evidenzia (carattere questo che appare più pregnante, come di recente risulta dall'importante sentenza del Tribunal Constitucional spagnolo, n. 31/2010, relativa allo Statuto della Catalogna) l'attribuzione alle entità politiche decentrate di competenze in materia di giurisdizione, come carattere proprio degli Stati federali; competenze che a loro volta possono essere differenziate, dalla titolarità della giurisdizione in ordine agli affari contenziosi di pertinenza del territorio (ferma restando la titolarità in capo allo Stato centrale della giurisdizione relativa alle controversie concernenti affari di pertinenza nazionale), alla titolarità di funzioni di carattere organizzativo relative agli organi di giurisdizione decentrati, ferma restando in capo allo Stato centrale la disciplina della funzione giurisdizionale in quanto tale.

Resta in ogni caso perplessa la nozione stessa di Stato federale nell'attuale esperienza di molti ordinamenti, solo accomunati dal fatto che in essi le funzioni di governo, la legislazione e l'amministrazione sempre, la giurisdizione a volte, sono divise (e ciò in virtù di una norma di rango

costituzionale) tra un'organizzazione di governo centrale (Stato centrale, Federazione, Bund, etc.) e organizzazioni di governo periferico (Stati federati, Regioni, Comunità autonome, etc.), organizzazioni entrambe, ovviamente, dotate dei caratteri della politicità.

Da noi, in virtù della menzionata riforma costituzionale del 2001, il carattere fortemente decentrato del sistema di governo, già presente nel testo originario della Costituzione, si è accentuato sino a incidere sulla stessa forma di governo (a regionalismo forte, o con tutte le perplessità del caso, federale senz'altro, come vorrebbe una parte del mondo politico).

Questa trasformazione si desume fondamentalmente da tre elementi del sistema di governo, o forma di governo se si vuole, quali delineati dal testo costituzionale (l'esperienza concreta del sistema di governo appare invero ancora in larga misura arretrata nel vecchio ordine).

Anzitutto, risulta accresciuta la potestà legislativa delle regioni, in virtù della clausola generale dell'art. 117, 4° co., che imputa alle regioni una competenza legislativa generale a carattere residuale su tutte le materie precedentemente non menzionate; mentre in virtù dell'art. 117, 3° co., la competenza legislativa concorrente è estesa a materie anche attinenti ad interessi nazionali, come le infrastrutture, l'energia, etc.; e non è prevista in capo allo Stato (che pur conserva competenza legislativa estesissima che investe anche, com'è noto, materie trasversali) una competenza legislativa generale che consenta l'intervento della legislazione statale su ogni materia quando sono in gioco interessi nazionali preminenti. Tutto ciò configura la potestà legislativa regionale nel nostro ordinamento, nel disegno costituzionale, con una estensione assai più ampia e un contenuto assai più pregnante di quanto si rinviene in altri ordinamenti costituzionali di tipo regionale; per certi aspetti addirittura più estesa rispetto ad ordinamenti pur qualificati come federali, come quello della Repubblica tedesca. E tale elemento va valutato alla luce di quanto si diceva circa uno dei caratteri secondo alcuni distintivo degli Stati federali a fronte degli Stati regionali.

In secondo luogo, ciò che dai nostri fini ha maggiore importanza, emerge nel nuovo assetto costituzionale della Repubblica italiana la riserva costituzionale di amministrazione, stabilita dall'art. 118, 1° co., in favore degli enti del governo territoriale per quanto concerne la titolarità delle funzioni amministrative; e dall'art. 117, 6° co., in ordine alle potestà regolamentari (che attengono anch'esse all'amministrazione). In virtù di queste norme costituzionali si è stabilita una riserva di amministrazione (vincolante perciò per il legislatore statale e ovviamente regionale) in base alla quale le funzioni amministrative che investano interessi di dimensione locale debbono essere attribuite alla competenza degli enti locali, comuni e province, mentre le funzioni amministrative che investono interessi di dimensione regionale (anche, si badi bene, nelle materie riservate alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, e ovviamente in quelle di legislazione concorrente) debbono essere attribuite alla competenza delle regioni. E sul versante della potestà regolamentare, vi è uno spazio normativo secondario assai esteso, riservato agli enti locali in ordine

alla loro organizzazione e all'esercizio delle funzioni loro attribuite; e in capo alle regioni, in ordine a tutte le materie di legislazione concorrente, oltre che in quelle di legislazione esclusiva delle regioni stesse.

Questa riserva di amministrazione investe perciò incisivamente la potestà legislativa statale, vincolandola nella disciplina delle diverse materie a rispettare l'ambito amministrativo riservato a regioni ed enti locali; introducendo, com'è noto, una scissione tra legislazione e amministrazione, in piena attuazione del principio di sussidiarietà.

In terzo luogo, il nuovo testo costituzionale ha dato un assetto accentuatamente autonomistico alla finanza pubblica attribuendo agli enti del governo territoriale, regioni, province e comuni, piena autonomia di entrata e di spesa secondo i principi che ciascun ente vive di mezzi propri, salva perequazione in favore dei territori meno avvantaggiati; processo questo che, attraverso la recente legge delega n. 42/2009 sul federalismo fiscale, in corso di attuazione, ha acquistato più specifici connotati (si ricordi, in particolare, il c.d. federalismo demaniale che assegna agli enti territoriali la titolarità di alcune categorie di beni già appartenenti al demanio statale, sulla base dei criteri della dimensione territoriale, delle capacità finanziarie e delle funzioni effettivamente esercitate dall'ente beneficiario: d.l.vo cit.).

Questi nuovi caratteri assunti dal nostro ordinamento non possono non avere riflessi sulla giurisdizione e sulla giustizia amministrativa

3. Su una riserva territoriale di giurisdizione.

E' affermazione diffusa, come si è accennato, che uno dei caratteri propri di un sistema federale, secondo alcuni il carattere proprio di tale forma di governo, tale da distinguerlo rispetto a un sistema di governo regionale, è che in un sistema federale anche la funzione giurisdizionale è decentrata alla competenza delle entità politiche decentrate, pur restando in capo allo Stato centrale la potestà legislativa relativa alle forme della tutela giurisdizionale segnatamente a garanzia dei diritti fondamentali.

E di recente, l'importante sentenza del Tribunal Constitucional spagnolo, con riferimento ad alcune norme dello Statuto della Catalogna che attribuivano alla Comunità autonoma rilevanti competenze in materia di giurisdizione, ne ha stabilito la parziale incostituzionalità riaffermando l'appartenenza allo Stato centrale della funzione giurisdizionale (salve limitate competenze in ordine alla c.d. amministrazione della giurisdizione), dato il carattere di Stato regionale e non federale del Regno di Spagna.

Orbene, da noi, come s'è detto, anche dopo la riforma del 2001 (anzi, da essa affermato più chiaramente), vige il principio della riserva allo Stato della giurisdizione (in ogni sua manifestazione e quindi anche la giurisdizione amministrativa) nonché, appunto, della "giustizia

amministrativa” (artt. 117, 2° co., lett. l)). Su questo punto, nel nostro ordinamento, non ci sono dubbi, nel senso che alla legislazione regionale sia precluso ogni intervento in materia di giurisdizione nonché di giustizia amministrativa.

Resta però da vedere se il legislatore statale, nell’esercizio della sua potestà legislativa esclusiva in materia di giurisdizione e di giustizia amministrativa, sia vincolato nella disciplina delle funzioni giurisdizionali e dell’organizzazione (amministrazione) della giurisdizione, dai principi che attengono all’assetto regionalista (così accentuatamente regionalista, come s’è detto) della nostra Repubblica.

Nel testo originario della Costituzione (che già prevedeva, come sappiamo, all’art. 125, che fossero istituiti in ciascuna regione organi di giustizia amministrativa di primo grado) gli elementi sopra indicati che accentuano il carattere fortemente autonomista del nostro sistema di governo non erano presenti: la potestà legislativa regionale era assai ridotta e limitata a competenze di dettaglio; non era prevista alcuna riserva di amministrazione; l’autonomia finanziaria non era garantita da alcun principio cogente.

Si tratta perciò di vedere se, nel nuovo assetto del sistema di governo, l’art. 125 Cost. abbia acquisito una nuova pregnanza nel senso di ritenere che, non solo esso imponga (ciò che è fuori discussione) al legislatore statale di prevedere organi di giustizia amministrativa di primo grado, ma che a questi organi venga riservato anche un ambito insuperabile di giurisdizione/competenza, nonché di funzioni a carattere giustiziale.

3.2. La mia opinione, pur con tutte le necessarie cautele del caso, è nel senso che una volta stabilita in Costituzione la riserva di amministrazione in favore degli enti del governo territoriale nel modo che si è detto, ad essa debba necessariamente seguire una riserva di giurisdizione/competenza amministrativa, nonché di funzioni giustiziali. Le funzioni amministrative si esprimono attraverso rapporti giuridici di diritto pubblico (quelli intercorrenti tra pubbliche Amministrazioni e cittadini in occasione dell’esercizio dei poteri amministrativi disciplinati secondo le regole del procedimento amministrativo) cui corrispondono sul versante contenzioso, le controversie di diritto pubblico (quelle cioè che insorgono in ordine ai rapporti di diritto pubblico cioè a fronte dell’esercizio dei poteri amministrativi, come recentemente chiarito dalla Corte costituzionale).

Queste controversie (salvi marginali casi che restano di competenza della giurisdizione ordinaria) sono attribuite alla cognizione del giudice amministrativo di primo grado, e in secondo grado al Consiglio di Stato. Vi è cioè uno stretto collegamento tra l’esercizio delle funzioni amministrative e perciò la “gestione” dei rapporti di diritto pubblico, affidata agli enti del governo territoriale, e le relative controversie, che di conseguenza possono essere ritenute come riservate alla cognizione dei giudici amministrativi locali, cioè dei Tribunali territoriali istituiti in ciascuna regione. E’ evidente che il criterio per determinare la competenza dei singoli tribunali

amministrativi viene stabilito dalla legge statale e può essere di diverso contenuto (efficacia territoriale degli atti di cui si contesta la legittimità, competenza territoriale o di enti che li hanno emanati, e così via); ma in ogni caso l'ancoraggio territoriale di detto criterio appare indispensabile e insuperabile dal legislatore statale.

Ciò comporta che il legislatore statale possa derogare imperativamente alla competenza territoriale (cioè, senza possibilità per le parti di derogarvi) dei singoli Tribunali amministrativi solo con riferimento alle controversie che attengano a funzioni amministrative di competenza statale (quelle cioè che, anche nell'ambito delle materie di competenza legislativa dello Stato, investano interessi di dimensione statale e non anche interessi di dimensione limitata ad ambiti territoriali regionali e locali). Ciò potrebbe far dubitare della legittimità costituzionale almeno di alcune delle attribuzioni inderogabili di competenza al Tribunale amministrativo del Lazio, laddove si tratta di controversie insorte in ordine all'esercizio di funzioni di organi statali, ma aventi ad oggetto interessi di carattere meramente locale.

Pertanto si ricorda che la Corte costituzionale - che pure ha riconosciuto in diversi casi la legittimità costituzionale dell'attribuzione delle competenze inderogabili al TAR del Lazio - ha giustificato detta deroga al principio costituzionale della dislocazione territoriale degli organi della giustizia amministrativa di primo grado, trattandosi di controversie concernenti "atti dell'amministrazione centrale dello Stato (in quanto emessi da organi che operano come *longa manus* del Governo) finalizzati a soddisfare interessi che trascendono quelli delle comunità locali, coinvolti nelle singole situazioni di emergenza" (sent. n. 237/07, dove viene anche sottolineato il carattere "ultraregionale" delle controversie). In questi casi si tratta, secondo la Corte, di un "delicato problema di rapporto con l'articolazione su base regionale ex art. 125 del sistema di giustizia amministrativa", da cui l'esigenza di "un criterio rigoroso in ordine alla verifica della non manifesta irragionevolezza della disciplina" (sentt. nn. 417/07; 463/07; 92/08).

Insomma, secondo la Corte, il legislatore statale può derogare in determinati casi al principio della territorialità degli organi di giustizia amministrativa di primo grado, ma, come si diceva, solo a fronte di controversie che, per le autorità coinvolte e per gli interessi pubblici cui i relativi rapporti amministrativi attengono, sono di ambito ultraregionale o nazionale. Da ciò si può dedurre che, laddove si tratti di controversie che insorgono su rapporti amministrativi di pertinenza regionale e locale, il principio della territorialità degli organi di giustizia amministrativa di primo grado debba essere rispettato; e, vorrei aggiungere, non solo perché, come dice la Corte costituzionale, diverse scelte legislative sarebbero del tutto irragionevoli, ma anche perché, in virtù del principio di riserva di amministrazione stabilito segnatamente all'art. 118, 1° co., Cost., il principio territoriale di cui all'art. 125 Cost., assume nuova e più incisiva pregnanza e diventa vincolo per la legislazione statale.

Sul punto, si può ritenere che il nuovo Codice del processo amministrativo, laddove stabilisce (innovando incisivamente alla precedente disciplina) l'inderogabilità della competenza territoriale dei TAR, si muova in questa direzione. Anche se l'inderogabilità della competenza territoriale dei TAR, come imposta dalla nuova legge, è un istituto di carattere processuale, che incide sulla disponibilità della competenza in capo alle parti del processo, mentre ciò che intendo affermare in queste note è un vincolo costituzionale che incombe sul legislatore, che non potrebbe derogare con norma imperativa alla competenza territoriale dei singoli TAR, affidando la cognizione di controversie di ambito regionale a un giudice di primo grado diverso da quello del territorio di pertinenza.

Comunque, la nuova normativa appare senz'altro ispirata al principio della territorialità del giudice amministrativo di primo grado, e fa intravedere come esigenza sentita dal legislatore, quella di assicurare un'interlocuzione reciproca tra la giurisdizione propria del territorio e l'esercizio delle funzioni pubbliche da parte degli enti che il territorio stesso sono chiamate a governare sul versante dell'amministrazione.

4. *Sulle funzioni consultive dei TAR.*

Si pone ancora la questione, presente nel dibattito politico, se gli organi di giustizia di primo grado debbano o possano estendere le loro funzioni all'attività consultiva; cioè se tale estensione delle funzioni dei TAR, cui ovviamente risponde una modificazione dell'assetto organizzativo, possa essere prevista, e sia comunque opportuno (perché conforme al nuovo assetto del sistema di governo) prevederla.

4.1. A tal fine non si può prescindere da un dato di fatto non trascurabile e preliminare all'esame in corso. La riforma costituzionale del 2001, sulla base di valutazioni di carattere politico che qui non è il caso di ripercorrere, ha provveduto alla soppressione del sistema dei controlli sugli atti amministrativi, sia regionali che locali, precedentemente regolato dagli artt. 125, 1° co., e 130 della Costituzione e dalle rispettive leggi attuative, che attribuivano rispettivamente ad un organo decentrato dello Stato e a organi decentrati delle regioni la funzione del controllo. Mentre, d'altra parte, il controllo di legittimità affidato alla Corte dei conti resta circoscritto agli atti dello Stato sulla base della l. n. 19/94. E su regioni ed enti locali, il controllo della Corte ha carattere, come si dice, collaborativo, e ha ad oggetto la gestione degli enti (c.d. controllo di gestione, d.lgs. n. 286/1999), segnatamente sul versante finanziario (con maggiore incisività a seguito della riforma introdotta dalla legge finanziaria 2006: l. 266/05, art. 1, co. 166 ss.).

Tale circostanza ha comportato che la gran parte dell'attività amministrativa - e ciò che più rileva di quella normativa e di amministrazione generale - degli enti locali, nonché delle regioni, è rimasta priva di controlli di legittimità e, al di là della materia dei controlli, è restata priva di

adeguati supporti che ne assicurino la legittimità. Possiamo dire, con una piccola forzatura, che essa si svolge attualmente “senza rete”.

E la stessa circostanza espone gli amministratori, i dirigenti e i funzionari degli enti locali e anche delle regioni, a notevoli rischi sul piano della responsabilità, come peraltro dimostra il rilevante contenzioso davanti al giudice penale e davanti alla Corte dei conti a carico di questi soggetti; ed espone gli atti amministrativi regionali e locali a un fortissimo contenzioso amministrativo, che in gran parte di casi sfocia nell’annullamento degli atti stessi. E non si può trascurare l’altro rilevante fenomeno (anch’esso in qualche modo imputabile alla riforma del 2001, che ha soppresso il visto governativo sulle leggi regionali) del rilevante contenzioso costituzionale sulle leggi regionali promosso dal Governo (nella relazione annuale dell’attività svolta dalla Corte costituzionale per l’anno 2003 si riferisce che quasi il 50 per cento delle sentenze riguardano il contenzioso Stato-regioni).

Insomma, l’assenza di valutazioni e di vagli preventivi in punto di legittimità sugli atti giuridici di regioni ed enti locali (dalle leggi ai regolamenti, agli atti amministrativi generali fino agli atti puntuali) che deriva da una scelta del legislatore costituente nella prospettiva del pluralismo istituzionale e dell’autonomia dei governi territoriali, necessita di alcuni correttivi per non dare luogo a conseguenze negative ai fini dell’efficienza complessiva del sistema. L’attuazione di un sistema di governo fortemente decentrato (e orientato ad una prospettiva federalistica) necessita, infatti, della previsione di forti elementi di unità che assicurino la tenuta complessiva dell’ordinamento (che resta unitario, nel contesto dell’Unione europea).

Nella prospettiva finora descritta si pone, dunque, il problema di rimettere mano agli strumenti di garanzia della legittimità dell’azione amministrativa a carattere preventivo, il cui carico pesa oggi interamente ed esclusivamente (con rilevanti costi sociali) sulla giurisdizione (TAR, Corte dei conti, giurisd. penale). Si tratta di una problematica che investe il sistema dei controlli e quindi il nuovo ordinamento della Corte dei conti; ma, per quanto ci interessa in questa sede, investe la funzione consultiva (ovviamente, si tratta della funzione consultiva in capo ad organi indipendenti e “neutrali”, chè altrimenti sarebbe consulenza di parte!); strumenti altrettanto indispensabili ad assicurare l’unità dell’ordinamento.

4.2. Come funzione “giustiziale”, l’attività consultiva è tradizionalmente affidata al Consiglio di Stato (sull’attività amministrativa del Governo, e segnatamente sull’attività normativa); ed è stata recentemente attribuita alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica e per la regolare gestione finanziaria degli enti del governo territoriale (art. 7, comma 8, l. cit. 131/2003); non è invece estesa agli organi di giustizia amministrativa di primo grado, cioè ai TAR, che in quanto tali (e come tali previsti dall’art. 125), appaiono tuttavia accomunati al Consiglio di Stato nel medesimo assetto funzionale.

E' noto che i TAR sono stati istituiti nel 1971 come organi deputati esclusivamente all'esercizio della funzione giurisdizionale. Il particolare modello del Consiglio di Stato, proprio della tradizione francese da noi recepita dall'art. 100 Cost., come organo destinatario al tempo stesso dell'esercizio di funzioni giurisdizionali e di funzioni consultive, non si è ritenuto di estenderlo agli organi della giustizia amministrativa periferica.

Sul punto, occorre tenere presente l'importante dato comparatistico rappresentato dal sistema francese (cui il nostro è sostanzialmente allineato), nel quale sia il Consiglio di Stato, sia i Tribunali amministrativi, e anche le Corti amministrative d'appello successivamente costituite, esercitano funzioni giurisdizionali e funzioni consultive, senza distinzione cioè tra l'organo centrale e gli organi periferici della giustizia amministrativa (cod. just. adm. L. 212/1.). Si tratta di un sistema differenziato rispetto a quelli della tradizione tedesca, nel quale il giudice amministrativo è esclusivamente un giudice, deputato cioè esclusivamente all'esercizio della funzione giurisdizionale, differenziato sul piano dell'organizzazione da quello ordinario ma ad esso del tutto equiparato sul piano funzionale. Nel sistema italiano, si pone perciò l'esigenza di esaminare la possibilità, l'utilità nonché la praticabilità costituzionale, dell'attribuzione di funzioni consultive anche ai TAR, istituendo presso di essi apposite Sezioni distinte da quelle giurisdizionali (come avviene nell'ambito del Consiglio di Stato).

Al riguardo, occorre tenere presente, anzitutto, il dato, peraltro assai noto, che la compresenza in capo allo stesso organo di giustizia amministrativa di funzioni giurisdizionali e di funzioni consultive, in quanto tali - salvo a valutarne le conseguenti e necessarie misure organizzative - non dovrebbe sollevare problemi di costituzionalità, anche sulla base di quanto s'è detto circa la nozione di "giustizia amministrativa" recepita in Costituzione; e allo stesso modo, non sembra trovare ostacoli nel diritto convenzionale europeo, come ancora recentemente affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU, 6.5.2003, *Kleyn*; 6.11.2006, *Sacilor*, sentenza quest'ultima, con oggetto il sistema francese di giustizia amministrativa, del tutto simile al nostro). Ovviamente, resta aperto il problema di stabilire caso per caso se non si siano verificati fattori di commistione tra le due attività, tali da mettere in forse l'imparzialità dell'organo giudicante.

Appare dunque che sul piano costituzionale nulla osta acchè anche agli organi di giustizia amministrativa periferici siano conferite funzioni consultive da esercitare attraverso Sezioni separate, assicurando che nella composizione dei collegi giudicanti non possano in alcun caso partecipare magistrati che in sede consultiva abbiano conosciuto dei medesimi affari. Mentre, per altro verso, l'inserimento tra le funzioni dei TAR di quella consultiva risulta essere strumento assai utile a regioni ed enti locali che nella loro attività amministrativa e segnatamente in quella normativa possono utilizzare l'apporto di un organo altamente qualificato, del quale è assicurata l'imparzialità e l'indipendenza da influenze esterne, che esercita le funzioni richieste, com'è ovvio,

gratuitamente, e il cui intervento può mettere al riparo entro certi limiti l'attività amministrativa degli enti del governo territoriale, dai rischi di illegittimità, cui facevo riferimento (utilità dimostrata, peraltro, dalle richieste di consulenza rivolte dalle regioni al Consiglio di Stato su temi rilevanti: cfr. pareri Sez. I, 15.5.2002, n. 1144; id., 31.7.2002, n.2040; id., 10.10.2002, n.765).

4.3. Circa i suoi contenuti, per gli enti locali tale attività consultiva consterebbe, oltre che di pareri facoltativi, dei pareri obbligatori che il legislatore statale può richiedere sull'attività statutaria e regolamentare nonché per l'esercizio di funzioni fondamentali (art. 117, comma 2, lett. p); in questo modo facendo fronte alla preoccupazione di chi ha paventato, dopo la riforma del Titolo V, la mancanza di un "intervento di deciso rilievo per assicurare una più corretta stesura sul piano formale dei (...) testi normativi" degli enti del governo territoriale (*A. de Roberto*). Per le regioni, invece, (salvo diversa previsione del legislatore regionale), l'attività consultiva si risolverebbe nel rilascio di pareri *facoltativi*, come già riconosciuto, dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato n. 30 del 1980, la quale, superando il precedente orientamento (ad. gen. 11 luglio 1974), ha sottolineato "la circostanza che, col trasferimento delle funzioni statali alle regioni, esigenze costituzionali di rispetto dell'autonomia regionale impongono il venir meno della consultazione obbligatoria del Consiglio di Stato, prevista da specifiche fonti normative, non comporta anche che alle regioni sia preclusa la facoltà di avvalersi degli organi consultivi dello Stato (...)".

In ogni caso, si tratta di un'attività consultiva che può servire ad un "raffreddamento" del contenzioso; ferma restando comunque, la possibilità per regioni ed enti locali di istituire propri ed appositi organismi di "garanzia", in posizione di terzietà per il riesame sul piano tecnico e giuridico dei propri atti amministrativi e regolamentari (cfr. ad. es. l'art. 91 dello statuto della Regione Piemonte, approvato con l.r. statutaria, n. 1 del 2005; e l'art. 80, del nuovo Statuto della Regione Abruzzo del 28.12. 2006).

D'altra parte, la qualificazione della funzione consultiva come "funzione giustiziale", di spettanza esclusiva dell'amministrazione statale, consente anche di superare l'obiezione di coloro che attribuiscono a tale funzione "natura amministrativa" e ritengono di conseguenza che "se conferita ai TAR, dovrebbe essere svolta da organi dello Stato in favore di enti cui, dopo la riforma del Titolo V, la Costituzione, con l'art. 118 garantisce la signoria assoluta della attività amministrativa" (*Branca*).

4.4. Si pone il problema di stabilire quale sia *la fonte competente* circa l'istituzione delle Sezioni consultive e quale possa essere precisamente l'oggetto delle rispettive attribuzioni.

Per quanto riguarda la fonte, occorre distinguere tra regioni ordinarie e regioni a statuto speciale. All'istituzione di Sezioni consultive nei TAR operanti nelle regioni ordinarie, non c'è dubbio che possa esclusivamente provvedere la legge statale. Ciò in virtù della specifica riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato della nostra materia, ai sensi dell'art. 117, 2° co., lett. l).

Nell'ambito delle regioni speciali, potrebbe essere aperta la via, sicuramente più agevole e in qualche misura più forte, dei decreti legislativi recanti norme di attuazione dei rispettivi Statuti, da essi espressamente previsti come fonte legislativa deputata all'attuazione e all'integrazione della disciplina statutaria (Corte cost., 20/56, 237/83, 212/84, 37/98, 213/98; v. anche legge n. 131/03, art. 11).

Su quest'ultimo punto, occorre una specifica riflessione, perché, com'è noto, soltanto due degli Statuti speciali, quello siciliano e quello del Trentino Alto Adige, prevedono l'organo di giustizia amministrativa nell'ambito della regione (Stat. Sicilia, art. 23; Stat. Trentino Alto Adige, art. 90 ss.) e queste norme statutarie sono state effettivamente attuate con decreti legislativi recanti norme di attuazione (d.l.vo n. 373/03; d.l.vo n. 426/84). Ma invero, solo lo Statuto siciliano prevede espressamente che il Consiglio di Stato nella regione ("Consiglio di giustizia amministrativa") esercita funzioni giurisdizionali e consultive; mentre nulla dispone a proposito dell'organo di giustizia amministrativa di primo grado (che in Sicilia fu previsto contestualmente agli atti TAR). Lo Statuto del Trentino si limita alla previsione dell'organo senza alcuna indicazione delle funzioni ad esso attribuite (si parla di "Tribunale regionale di giustizia amministrativa"). Mentre gli altri Statuti tacciono in proposito.

Si pone perciò il problema se con decreti legislativi recanti norme di attuazione (fonte di rango primario, secondo alcuni, subcostituzionali) si possano dettare norme che non siano diretta e immediata attuazione di specifiche norme statutarie. Sul punto, si deve tenere presente che secondo la giurisprudenza costituzionale e la principale dottrina, questi decreti legislativi del tutto particolari - per il procedimento, a partecipazione mista Stato-regioni, attraverso le Commissioni paritetiche, per la forza delle relative disposizioni "dotate di forza prevalente su quella delle leggi ordinarie" nelle materie disciplinate (Corte cost., n. 206/75, 237/83, etc.), per la riserva di competenza ad esse attribuita (Corte cost., 341/01) - operano in uno spazio normativo non strettamente circoscritto alla mera attuazione dello Statuto, avendo una funzione anche integrativa o *praeter statutum* (Corte cost., n. 212/84), purché sempre intesa all'attuazione del disegno dell'autonomia regionale come configurato dalla normativa costituzionale (Statuto speciale e norme costituzionali). E' perciò da ritenere che la disciplina (ovviamente integrativa) degli organi di giustizia amministrativa di primo grado previsti dall'art. 125 Cost. (norma che sicuramente si estende a tutte le regioni) possa essere adottata mediante i decreti legislativi in oggetto, come disciplina che integra il disegno dell'autonomia regionale nelle diverse regioni (come avvenuto per la Sicilia e il Trentino Alto Adige) e che trova in Costituzione una specifica previsione. Si tenga presente che la Corte cost., n. 212/84, esclude che in Sardegna si potesse istituire una Sezione regionale della Corte dei conti, considerando che l'art. 125, Cost., "non concerne sicuramente la Corte dei conti" (ma nella sentenza n. 29/1995, la stessa Corte Costituzionale ha ritenuto che l'art. 125 Cost. non può essere invocato

“al fine di ritenere preclusa allo stesso legislatore statale la possibilità di istituire sezioni giurisdizionali della Corte dei conti, o di altra magistratura, aventi circoscrizioni ritagliate sui singoli territori regionali”). La norma, viceversa, concerne i TAR, per i quali, perciò, non sussiste detta preclusione .

4.5. Quanto ai contenuti – s’è detto in precedenza - è da ritenere che la legge statale possa prevedere pareri obbligatori di competenza della Sezione consultiva del TAR, in ordine a determinati atti dell’amministrazione periferica dello Stato (della stessa natura di quelli previsti in capo al Consiglio di Stato) nonché degli enti locali, la cui disciplina, per quanto riguarda l’esercizio delle loro funzioni fondamentali, è di competenza dello Stato, ai sensi dell’art. 117, 2° co., lett. *p*), e tenendo conto della riserva di cui all’art. 117, 6° co.. Segnatamente, è da ritenere che la legge statale istitutiva delle Sezioni consultive possa prevedere pareri obbligatori sugli atti normativi degli enti locali (Statuti e regolamenti), che presentano ovviamente un maggior rilievo in ordine ai requisiti di legittimità.

Per il resto, l’attività consultiva, per sua propria natura, si esprime attraverso pareri facoltativi, che gli enti possono chiedere in base alle loro esigenze operative; d’altra parte, resta fermo che tutti i pareri di cui si tratta, siano non vincolanti come per regola.

Per quanto riguarda gli atti delle regioni, appare pacifico che possa essere solo la legge regionale a stabilire quali di detti atti siano sottoposti al parere obbligatorio della Sezione consultiva del TAR, fermo restando altrimenti il carattere facoltativo della funzione consultiva cui la regione può attingere a proposito di tutti gli atti, segnatamente di quelli a carattere normativo, e anche delle stesse leggi regionali, sulla base delle proprie esigenze.

Tra le attribuzioni che la legge regionale potrà conferire alla Sezione consultiva del TAR, potrebbe essere compresa quella di esprimere pareri sul ricorso straordinario al presidente della regione contro atti amministrativi regionali e locali, nel caso in cui questo strumento giustiziale venisse previsto nell’ambito dell’ordinamento regionale. E’ evidente che tale strumento, se conserva un carattere meramente amministrativo, cioè non incida sull’esercizio della tutela giurisdizionale può essere autonomamente previsto dalle singole leggi regionali; mentre per acquistare carattere propriamente giustiziale e incidere nell’esercizio della tutela giurisdizionale secondo il modello del ricorso straordinario al presidente della Repubblica (che, dopo le innovazioni introdotte dalla l. n. 69 del 2009, relative alla natura vincolante del parere del Consiglio di Stato e alla possibilità di quest’ultimo di sollevare incidentalmente questioni di legittimità costituzionale, accentua la sua natura giurisdizionale, con conseguente possibilità di esecuzione in ottemperanza del decreto presidenziale e la sua impugnabilità in Cassazione), sarà necessaria una espressa previsione della legge statale, che autorizzi le singole regioni a prevedere lo strumento nell’ambito del loro ordinamento.

Attualmente, solo lo statuto della Regione Sicilia (art. 23) prevede, in alternativa all'annullamento giurisdizionale, la possibilità di ricorrere al Presidente della regione avverso "atti amministrativi regionali". Si tratta di un strumento contenzioso atipico, che la disciplina di attuazione dello Statuto (art. 9, d.lgs. cit. 373/2003) ha connotato in senso giurisdizionale, posto che la decisione del ricorso deve basarsi sul parere (parzialmente vincolante) reso dalla adunanza delle Sezioni riunite del Consiglio di giustizia amministrativa (le sezioni consultive insieme a quelle giurisdizionali): vale a dire, da "un organo di cui è garantita la indipendenza e la imparzialità propria del giudice [e il cui parere] costituisce il momento centrale di garanzia della imparzialità e quindi del procedimento decisorio" (CGAS, ad. plen., 19.10.2005 n. 695).

5. Designazione e nomina dei componenti delle sezioni consultive dei TAR

Un ulteriore problema al nostro esame riguarda l'introduzione nell'ambito dei TAR, di componenti nominati su designazione delle regioni, come previsto nell'ordinamento siciliano (art. 3 ss., d.lgs. n. 373/2003) e in quello del Trentino Alto Adige (art. 1 ss., d.lgs. 426/1984), sulla base di norme statutarie attuate con i decreti legislativi sopra citati. Si tratterebbe di una parziale "regionalizzazione" degli organi di giustizia amministrativa di primo grado, cui seguirebbe un parziale addossamento alla finanza regionale delle relative spese.

Sul punto, si deve anzitutto tener conto che, analogamente a quanto s'è detto a proposito delle funzioni consultive, non si rinvencono nell'ordinamento costituzionale e nella normativa convenzionale sovraordinata, preclusioni acchè membri di nomina esterna possano essere inseriti nell'ambito degli organi di giustizia amministrativa. La questione, com'è noto, si è posta per i membri di nomina governativa del Consiglio di Stato (art. 19, l. n. 186/1982) ed è stata risolta dalla Corte costituzionale nel senso della compatibilità con la normativa costituzionale di un particolare statuto dei consiglieri di Stato, differenziato rispetto a quello dei magistrati ordinari, nonché della provenienza di alcuni membri del Consiglio di Stato da nomina governativa anziché da selezione per concorso, purchè siano garantiti requisiti specifici per le nomine e sia assicurato ai consiglieri nominati uno *status* tale da garantirne l'indipendenza propria del magistrato (Corte cost., n. 177/1973, n. 1/1978; n. 316/2004).

D'altro canto, la Corte europea dei diritti dell'uomo con la medesima sentenza sopra citata relativa all'ordinamento del Consiglio di Stato francese (9.11.2006, *Sacilor*) si è orientata a sua volta, conformemente a questa impostazione, disconoscendo preclusioni di principio alla presenza di membri di nomina esterna nell'ambito del Consiglio di Stato francese, salvo garantirne sufficientemente l'indipendenza.

Si deve ancora tenere presente che nel nostro ordinamento analogo regime è previsto per la Corte dei conti; e la legge n. 131/04, c.d. La Loggia, ha previsto nell'ambito delle Sezioni regionali

della Corte la presenza di membri designati dalle regioni (art. 7, comma 8-*bis*, aggiunto dall'art. 11, l. n. 15/09, che rafforza lo *status* di magistrati di detti membri).

E' da ritenere perciò che non sussistano impedimenti acchè il legislatore ordinario preveda la presenza nell'ambito dei TAR di membri designati dalla regione, analogamente a quanto previsto per i consiglieri di Stato di nomina governativa. Ovviamente si tratta di un problema di opportunità politica, se inserire detti membri (ciò che trova consensi e dissensi) che dovrà essere valutato nelle sedi competenti. Il precedente, appena citato, della Corte dei conti, non ha trovato, sinora, adeguato riscontro nell'esperienza applicativa.

Circa la questione della fonte, ritengo che si debba rispondere nello stesso senso che per l'istituzione di Sezioni consultive. Fonte competente in materia è sicuramente la legge dello Stato in virtù della medesima riserva di cui all'art. 117, 2° co., lett. l), analogamente a quanto già previsto con la citata norma della legge La Loggia per le Sezioni regionali della Corte dei conti. E analogamente a quanto detto sopra a proposito delle Sezioni consultive, si può ritenere che nell'ambito delle Regioni speciali si possa provvedere con norme di attuazione dei relativi Statuti all'introduzione di membri di designazione regionale nell'ambito di relativi Tribunali, come già disposto per gli organi di giustizia amministrativa rispettivamente della Sicilia e del Trentino Alto Adige.

In ogni caso, anche sulla base dei citati principi di rango costituzionale elaborati dalle Corti, ai fini della legittima introduzione di membri esterni occorre attenersi ad alcuni criteri ben precisi. La designazione regionale da parte dell'organo assembleare deve avvenire con deliberazione assunta a maggioranza qualificata; e successivamente il procedimento deve articolarsi attraverso il parere del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa (parere che è da ritenere vincolante), la deliberazione del Consiglio dei ministri e la nomina mediante decreto del Presidente della Repubblica. Debbono altresì essere previsti dalla legge specifici requisiti di professionalità dei nominati analogamente a quanto previsto per i consiglieri di Stato (l. 186/82, cit.).

I consiglieri di nomina esterna, debbono acquisire una volta nominati, analogamente a quanto previsto per i consiglieri di Stato, e per quelli della Corte dei conti di nomina governativa, lo *status* pieno di magistrati con tutto quel che comporta in ordine al trattamento economico, al regime delle responsabilità, ai procedimenti disciplinari, e così via, nell'ambito dell'ordinamento che fa capo al Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa.

E' da ritenere altresì, al fine di garantire il requisito dell'indipendenza nell'ambito dello *status* di magistrato, che ai consiglieri di nomina esterna sia esteso il regime della durata del mandato fino al collocamento a riposo (anche se, nella sentenza n. 25/1976, la Corte Costituzionale ha ritenuto che il carattere temporaneo del mandato dei membri del Consiglio di giustizia amministrativa "non contrasta, di per sé, con i principi costituzionali che garantiscono

l'indipendenza e con essa l'imparzialità dei giudici, siano essi ordinari o estranei alle magistrature", atteso che a tal fine "non appare necessaria una inamovibilità assoluta", specialmente per i membri "laici", che, come anche altre esperienze dimostrano, "ben possono essere nominati per un determinato e congruo periodo di tempo".

Una volta acquisito da parte di questi soggetti, lo *status* pieno di magistrati, essi saranno legittimati a partecipare a tutte le funzioni dell'organo (come avviene nel Consiglio di Stato), senza alcuna distinzione tra funzioni consultive e giurisdizionali. Una limitazione del loro ruolo all'esercizio delle sole funzioni consultive, non sarebbe accettabile, perché ne sminuirebbe lo *status* stesso, e d'altro canto, potrebbe essere intesa come una diversa considerazione da parte del legislatore della funzione consultiva (come quella che richiede minori garanzie di imparzialità) rispetto alla funzione giurisdizionale, viceversa accomunata, come s'è detto, nella nozione di "giustizia amministrativa".

6. Concludendo queste brevi note, fermi restando i necessari approfondimenti, anche perché si tratta di materia assai perplessa, ritengo si possa affermare, sul punto della giurisdizione, che vi sia un ambito di controversie amministrative territorialmente connotate (che si instaurano cioè su rapporti amministrativi di competenza regionale e locale), riservate al sindacato del Tribunale amministrativo di ciascuna regione; in ordine all'attività consultiva e ad altre funzioni di carattere giustiziale, attualmente proprie del Consiglio di Stato, che il vigente ordinamento costituzionale ne consenta l'estensione ai Tribunali amministrativi regionali mediante la previsione di apposite Sezioni consultive, e possa ritenersi altresì tale estensione senz'altro opportuna alla luce delle esigenze di garantire la legittimità dell'azione amministrativa a livello regionale e locale. Quanto infine, alla parziale regionalizzazione dei TAR – che, si ribadisce, può essere realizzata con legislazione statale ordinaria – nulla osta a che un determinato numero di consiglieri possa essere designato dalle Amministrazioni regionali, ciò che ne rafforzerebbe il rapporto di fiducia con gli enti del governo territoriale, verso la cui azione i Tribunali amministrativi sono chiamati a svolgere, sia mediante le funzioni giurisdizionali sia mediante le funzioni consultive, un ruolo di indirizzo inteso ad assicurarne la legittimità (ed anche il buon andamento).