

Ar2

Nicola Longhi

Verso una giurisdizione specializzata

I convergenti percorsi dei sistemi europei di giustizia amministrativa

Prefazione di
Alessandro Pajno





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVII
Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it
info@gioacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-0532-0

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: settembre 2017

*Ai tanti Maestri “silenziosi” citati nella bibliografia
che hanno illuminato le mie piacevoli faticose ricerche*

Indice

13 *Prefazione*
di Alessandro Pajno

17 *Introduzione*

29 *Capitolo I*
La giustizia amministrativa

1.1. La “giustizia amministrativa”: nozione, origine e fondamento, 29 – 1.2. Il modello giurisdizionale monistico e il modello giurisdizionale dualistico, 34 – 1.3. I difetti e i pregi dei sistemi monistici, 37 – 1.3.1. *I difetti*, 37 – 1.3.2. *I pregi*, 40 – 1.4. I difetti e i pregi dei sistemi dualistici, 42 – 1.4.1. *I difetti*, 42 – 1.4.2. *I pregi*, 47 – 1.5. La precoce “impurità” dei modelli ovvero il valore sommario e descrittivo delle classificazioni, 51.

59 *Capitolo II*
Verso una giurisdizione amministrativa specializzata e “ordinaria”

2.1. Verso una giurisdizione amministrativa specializzata e “ordinaria”. I convergenti percorsi dei sistemi europei di giustizia amministrativa, 59 – 2.2. Le cause dell’emersione in Europa di questa nuova forma omogenea di giurisdizione amministrativa specializzata e “ordinaria”, 66 – 2.3. L’attribuzione al cittadino, da parte degli ordinamenti democratici, della titolarità di veri e propri diritti nei confronti della pubblica amministrazione, 67 – 2.4. L’espansione della sfera di azione della pubblica amministrazione, 69 – 2.5. La crisi del principio di legalità e l’ampliamento dello spazio della discrezionalità amministrativa, 72 – 2.6. L’accresciuta necessità di una forte specializzazione per la cognizione delle controversie amministrative nell’era della competenza gnoseologica e della discrezionalità tecnica, 74 – 2.7. La regolazione comunitaria del mercato europeo dei contratti pubblici, 81 – 2.7.1. *La variegata disciplina nei diversi Paesi europei del rapporto giuridico nascente dal contratto pubblico*, 82 – 2.7.2. *La variegata disciplina nei diversi Paesi europei della formazione della volontà negoziale della pubblica amministrazione e della scelta del contraente*

privato, 86 – 2.7.3. *L'intervento omogeneizzante del legislatore comunitario sulle discipline nazionali della scelta del contraente privato e degli strumenti di tutela. Il giudice amministrativo come garante della libertà di concorrenza*, 90 – 2.7.4. *La direttiva 2007/66/CE. Il giudice amministrativo come garante dell'economia di mercato e di altri interessi pubblici*, 103 – 2.7.5. *Il nuovo diritto amministrativo dei contratti pubblici e la nuova figura di giudice amministrativo*, 107 – 2.8. *La diffusione nei Paesi europei delle forme di partenariato pubblico-pubblico e pubblico-privato*, 109 – 2.8.1. *Accordi e convenzioni tra amministrazioni pubbliche*, 110 – 2.8.2. *Accordi e convenzioni tra amministrazione pubblica e soggetto privato*, 112 – 2.8.3. *La ridefinizione dei compiti e della "fisionomia" del giudice amministrativo*, 116 – 2.9. *La giurisdizione amministrativa dei Paesi europei come ridisegnata dall'ordinamento comunitario*, 119 – 2.9.1. *Introduzione*, 119 – 2.9.2. *Il sistema di tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di matrice comunitaria*, 120 – 2.9.3. *I principi di autonomia processuale, di equivalenza e di effettività*, 122 – 2.9.4. *L'innalzamento degli standards di tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive di diritto nazionale*, 124 – 2.9.5. *Circuiti di reciproca influenza*, 128 – 2.9.6. *L'influenza del giudizio comunitario in senso stretto*, 132 – 2.9.7. *La regolazione comunitaria del mercato europeo dei contratti pubblici: il giudice amministrativo nazionale diventa il garante del diritto soggettivo di libera concorrenza, dell'economia di mercato e di altri interessi pubblici*, 140 – 2.9.8. *Il rafforzamento delle giurisdizioni amministrative nazionali sempre meno "speciali" e sempre più "ordinarie" e "specializzate"*, 140 – 2.9.9. *La specializzazione degli organi giurisdizionali europei preposti alla cognizione delle controversie "amministrative" comunitarie*, 143 – 2.10. *L'influenza della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sulle giurisdizioni amministrative nazionali*, 144.

149 Capitolo III La Francia

3.1. *Le idee ispiratrici e i caratteri fondamentali del sistema amministrativo e della giurisdizione amministrativa*, 149 – 3.2. *L'organizzazione della giurisdizione amministrativa*, 163 – 3.2.1. *Le giurisdizioni amministrative speciali*, 163 – 3.2.2. *La giurisdizione amministrativa generale: i Tribunaux administratifs, le Cours administratives d'appel... e il Conseil d'État*, 167 – 3.2.4. *L'attenuazione della "collateralità" della giurisdizione amministrativa col Governo*, 170 – 3.2.5. *Una giurisdizione amministrativa sempre più indipendente e autonoma come quella ordinaria*, 172 – 3.3. *Il riparto di giurisdizione*, 173 – 3.3.1. *La distinzione tra actes de puissance publique e actes de gestion*, 174 – 3.3.2. *Il service public*, 175 – 3.3.3. *La distinzione tra services publics administratifs e services publics industriels et commerciaux*, 177 – 3.3.4. *Il criterio del droit applicable*, 178 – 3.3.5. *Il sistema dei blocs de compétences*, 179 – 3.3.6. *Una "nuova" jurisdiction*

judiciaire che, per esigenze di “bonne administration de la justice”, può diventare titolare del potere di sospendere e annullare gli atti amministrativi, 181 – 3.3.7. Una “nuova” jurisdiction administrative che tutela la proprietà, i diritti fondamentali e le libertà individuali della persona, 183 – 3.3.8. Considerazioni conclusive, 188 – 3.4. Il contentieux administratif, 189 – 3.4.1. I due più consolidati e noti criteri di classificazione, 189 – 3.4.2. Il recours pour excès de pouvoir, 192 – 3.4.3. Il carattere oggettivo del recours pour excès de pouvoir, 198 – 3.4.4. Le procedure di référé, 202 – 3.4.5. Le astreintes e le injonctions, 207 – 3.4.6. Il Rapporteur public, 212 – 3.4.7. Il recours de pleine jurisdiction, 214 – 3.4.8. Il carattere soggettivo del recours de pleine jurisdiction, 215 – 3.4.9. I recours objectifs de pleine jurisdiction, 217 – 3.4.10. L’allargamento del campo di operatività del recours de pleine jurisdiction a scapito del recours pour excès de pouvoir e la riduzione delle distanze tra i due contenziosi, 219 – 3.5. Conclusione. La “nuova” giurisdizione amministrativa francese: l’evoluzione nella tradizione, 221 – 3.5.1. La subjectivazione del contentieux administratif, 221 – 3.5.2. L’indipendenza dei giudici amministrativi e la “complementarietà” delle due giurisdizioni, 226 – 3.5.3. Il giudizio amministrativo francese rimane a salvaguardia della légalité objective, ma è sempre più proiettato ad assicurare una tutela piena ed effettiva dell’individuo, 227.

231 Capitolo IV L’Inghilterra

4.1. Le idee ispiratrici e i caratteri fondamentali del sistema, 231 – 4.2. Il common law, 236 – 4.2.1. Le origini e la formazione del common law, 239 – 4.2.2. L’equity, 242 – 4.2.3. Le diverse accezioni dell’espressione common law, 246 – 4.3. La via inglese verso lo Stato moderno: la bipartizione del potere pubblico e l’assenza di un’amministrazione esecutiva e giustiziale, 251 – 4.4. L’impetuosa proliferazione, a partire dalla seconda metà dell’Ottocento, di organismi di amministrazione esecutiva e giustiziale. La nascita dell’administrative law, 261 – 4.5. L’egemonia culturale di Albert Venn DICEY: la negazione del potere amministrativo e del diritto amministrativo, 268 – 4.6. Un administrative State e un administrative law senza la presa d’atto della loro esistenza da parte del legal system e dell’accademia tradizionale, 273 – 4.7. I fattori di debolezza del judicial review e la deference delle courts, 280 – 4.8. Gli administrative tribunals. Il Tribunals and Inquiries Act del 1958, 293 – 4.9. L’inizio degli anni sessanta: la scoperta del diritto amministrativo da parte dell’accademia più “tradizionale” e il risveglio del judicial review. La progressiva estensione del sindacato delle courts, 297 – 4.10. La modifica nel 1977 dell’Order 53 delle Rules of the Supreme Court e il Supreme Court Act del 1981: la codificazione del judicial review of administrative action. Un processo amministrativo speciale davanti una sezione specializzata della giurisdizione ordinaria, 307 –

4.10.1. *La regola della procedural exclusivity. Il problema dell'individuazione dei criteri del riparto della "giurisdizione funzionale"*, 314 – 4.11. Dal *Leggatt Report al Tribunals, Courts and Enforcement Act* del 2007: la "giurisdizionalizzazione" degli *administrative tribunals*, 319 – 4.11.1. *L'organizzazione del nuovo sistema degli administrative tribunals*, 321 – 4.11.2. *Procedimento e attribuzioni del First-tier Tribunal e dell'Upper Tribunal*, 324 – 4.11.3. *La natura giuridica del First-tier Tribunal e dell'Upper Tribunal. La conquista degli administrative tribunals alla giurisdizione*, 329 – 4.12. *Conclusioni. L'evoluzione della giustizia amministrativa inglese: dalla pluralità dei riti all'unitario processo amministrativo speciale; dal monismo giudiziario ad un sistema integrato di giurisdizione amministrativa speciale e di giurisdizione ordinaria specializzata*, 334.

341 Capitolo V La Germania

5.1. *Introduzione*, 341 – 5.2. *Le vicende storiche della giurisdizione amministrativa*, 344 – 5.3. *La Grundgesetz. I principi costituzionali in materia di giurisdizione amministrativa e il dibattito sulle modalità della loro attuazione*, 350 – 5.4. *La struttura giudiziaria della giurisdizione amministrativa*, 355 – 5.5. *La Generalklausel: la competenza giurisdizionale del giudice amministrativo su « tutte le questioni di diritto pubblico non costituzionale »*, 357 – 5.6. *Il riparto di giurisdizione*, 361 – 5.7. *Il Verwaltungsprozeß*, 366 – 5.7.1. *Principi e condizioni dell'azione*, 366 – 5.7.2. *La ricchezza dei rimedi esperibili. Il principio di atipicità delle azioni di cognizione*, 372 – 5.7.3. *La tutela cautelare*, 384 – 5.7.4. *L'esecuzione*, 387 – 5.8. *Il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità*, 390 – 5.9. *Conclusioni. Una giurisdizione amministrativa "specializzata", per una tutela piena ed effettiva di tipo subiettivo, governata da un giudice amministrativo separato dall'amministrazione e indipendente come il giudice ordinario*, 401.

411 Capitolo VI Cenni alle giurisdizioni amministrative di Austria, Belgio e Spagna

6.1. *L'Austria*, 411 – 6.2. *Il Belgio*, 419 – 6.3. *La Spagna*, 423.

427 Capitolo VII L'Italia

7.1. *Introduzione*, 427 – *Prima sezione — La formazione del dualismo giurisdizionale anomalo*, 438 – 7.2. *La giustizia amministrativa nel Regno di Sardegna*, 438 – 7.3. *La legge del 20 marzo 1865, n. 2248, all. E., 442 – 7.4. « Dove c'è esercizio del potere amministrativo, non può esservi diritto soggettivo, ma soltanto interesse (legittimo) »: l'interpretazione*

“abrogatrice” degli artt. 2 e 4 della L.A.C. e il vuoto di tutela del cittadino, 448 – 7.5. La legge del 31 marzo 1877, n. 3761, 451 – 7.6. La legge del 31 marzo 1889, n. 5992, 454 – 7.7. La natura giuridica della quarta sezione del Consiglio di Stato, il carattere del giudizio amministrativo e il criterio di riparto, 460 – 7.8. La legge del 7 marzo 1907, n. 62, la legge del 30 dicembre 1923, n. 2840 e il “concordato giurisprudenziale” del 1929–1930, 469 – 7.9. Le disposizioni costituzionali sulla giustizia amministrativa, 472 – Seconda sezione — La trasformazione del sistema, 481 – 7.10. La giustizia amministrativa nei primi cinquant’anni dell’ordinamento repubblicano, 481 – 7.10.1. *Le opinabili applicazioni giurisprudenziali del binomio “carenza di potere–diritto soggettivo” e “esercizio del potere–interesse legittimo” rendono palese l’eccessiva discrezionalità della Corte di Cassazione nell’individuazione del criterio di riparto di giurisdizione*, 483 – 7.10.2. *L’inizio della fuoriuscita del giudice amministrativo dalla “specialità” strutturale: la legge n. 1034/1971 e la legge n. 186/1982*, 490 – 7.10.3. *La crisi del giudizio d’impugnazione e la progressiva trasformazione del modello originario. I tentativi di fuoriuscita della giurisdizione amministrativa dalle strettoie del mero sindacato di legittimità sull’atto*, 498 – 7.11. L’evoluzione della giustizia amministrativa negli ultimi due decenni, 515 – 7.11.1. *Il decreto legislativo del 31 marzo 1998*, n. 80, 515 – 7.11.2. *La sentenza della Corte di Cassazione, Sez. Un., 22 luglio 1999*, n. 500, 517 – 7.11.3. *La legge del 21 luglio 2000*, n. 205, 519 – 7.11.4. *Verso l’azione di adempimento*, 527 – 7.11.5. *Il Codice del processo amministrativo*, 530 – 7.11.6. *Cercando di tirare le fila. La trasformazione del giudizio amministrativo: da giudizio sull’atto in giudizio sul rapporto*, 536 – 7.12. La Corte costituzionale cerca di rendere più chiaro e stabile il riparto di giurisdizione scritto in Costituzione, allineandolo a quello degli altri sistemi dualistici europei, 539 – 7.13. *La translatio iudicii* e il giudicato “implicito” sulla giurisdizione esaltano l’unità funzionale della giurisdizione e riducono il grado di “specialità” della giurisdizione amministrativa, 548 – 7.14. La Corte costituzionale e il legislatore alimentano, negli ultimi due decenni, il percorso di fuoriuscita della giurisdizione amministrativa dalla “specialità” strutturale. I tre principali ostacoli sulla via della piena indipendenza, imparzialità e terzietà sottolineati da una parte della dottrina e all’attenzione della CEDU, 557 – 7.15. Conclusione, 568.

581 *Conclusione*

601 *Bibliografia*

Prefazione

ALESSANDRO PAJNO*

Ai profondi cambiamenti che negli ultimi venti anni hanno riguardato la giustizia amministrativa del nostro Paese è stata dedicata una cospicua letteratura scientifica, così come un gran numero di convegni e seminari.

È stato spesso sottolineato come in attuazione del principio costituzionale dell'effettività e della pienezza della tutela giurisdizionale di ogni posizione giuridica soggettiva, il giudice amministrativo sia diventato oggi il giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica e dotato di strumenti processuali simili a quelli del giudice ordinario, nella direzione di quella che Aldo Travi ha icasticamente chiamato la "civilizzazione" del processo amministrativo.

Un'attenzione altrettanto significativa è stata rivolta dalla dottrina (D'Alberti, Cassese, Chiti) allo studio delle trasformazioni complessive dei sistemi europei di giustizia amministrativa degli ultimi decenni, in cui lo studioso italiano possa collocare anche quella del nostro sistema.

Credo che il lavoro di Nicola Longhi, che ho avuto il piacere di aver avuto come mio allievo nei corsi di dottorato di ricerca e collaboratore nei miei anni di docenza alla LUISS – Guido Carli, abbia il merito di contribuire a valorizzare e sviluppare questi studi.

Partendo da una solida ricostruzione storica degli istituti della giustizia amministrativa dei principali paesi europei, l'Autore ne ripercorre l'evoluzione dalle origini fino ai giorni nostri e corrobora la conclusione, già esplicitata da alcuni autori (Cassese, Marchetti), di una convergenza, pur da diversi punti di partenza, dei diversi sistemi giurisdizionali verso un modello sostanzialmente uniforme da lui definito di «giurisdizione specializzata, nonché generale, piena, effettiva e indipendente, come quella ordinaria», perché i maggiori sistemi monistici vanno sempre più "specializzando" la loro giurisdizione "ordinaria",

* Presidente del Consiglio di Stato.

mentre, dal canto loro, i più rilevanti sistemi dualistici vanno progressivamente “de-specializzando” e “ordinarizzando” la loro giurisdizione speciale. E in un simile contesto emerge una nuova figura di giudice amministrativo europeo, che si potrebbe definire oggi come il giudice specializzato e ordinario delle controversie amministrative: “specializzato” nella cognizione delle controversie amministrative e “ordinario” per la generalità della competenza nella cognizione delle stesse, per la pienezza dei poteri e la varietà e l’autosufficienza dei rimedi con cui può e deve tutelare tutte le pretese sostanziali del soggetto, e per l’indipendenza dal potere esecutivo.

Chi leggerà le pagine di questa ricerca troverà conferma all’idea, già emersa in una parte della dottrina (Battini, Napolitano, De Pretis), secondo cui, contrariamente a quel che si potrebbe pensare, storicamente sono stati i sistemi con un giudice speciale a proteggere meglio e maggiormente i cittadini nei confronti dell’esercizio illegittimo del potere pubblico, proprio in ragione della maggiore conoscenza da parte del giudice amministrativo dei processi decisionali della pubblica amministrazione.

Come condivisibilmente ricorda l’Autore, la più ravvicinata conoscenza, da parte del giudice speciale, dei poteri dell’amministrazione ha consentito alla giurisdizione amministrativa di effettuare un più incisivo e approfondito sindacato sulla discrezionalità amministrativa, con conseguente più efficace protezione dei diritti degli amministrati, rispetto alla distanza dall’amministrazione del giudice ordinario nei sistemi monistici; per converso, questi ultimi hanno mostrato talvolta una maggiore *deference* nei confronti delle manifestazioni del potere amministrativo, con una obiettiva diminuzione della protezione giurisdizionale dei diritti dei cittadini.

Se si volesse comprovare questa ricostruzione andando oltre l’esperienza italiana degli anni tra la legge di unificazione amministrativa e la legge istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, si potrebbe, a mo’ di esempio, volgere l’attenzione, come fa l’Autore, al Belgio che, dopo più di un secolo di adesione alla cultura “liberale” e “antifrancese” della giurisdizione unica, ha scelto di reintrodurre il Consiglio di Stato proprio per colmare il vuoto di tutela degli amministrati e all’ancor più emblematica vicenda dell’Inghilterra.

L’ordinamento inglese, da un regime giurisdizionale monistico e dall’idea del diritto comune a tutti i soggetti, siano essi privati o pub-

blici, e quindi del giudice unico per tutte le controversie, privatistiche e pubblicistiche, man mano che ha preso consapevolezza della indispensabilità della pubblica amministrazione e del carattere penetrante della specialità dei suoi poteri (affrancandosi dal magistero di *Dicey*, la cui vicenda intellettuale e influenza sulla cultura inglese sono state ben spiegate in Italia da Cassese in alcune sue memorabili pagine, opportunamente ricordate in questo lavoro), ha progressivamente preso atto della insufficienza del tradizionale sistema giurisdizionale delle *Courts* a tutelare adeguatamente i diritti dei cittadini nei confronti delle moltiplicate manifestazioni del potere pubblico.

Si può seguire questa istruttiva traiettoria della vicenda inglese considerando schematicamente almeno tre profili: la positivizzazione, con l'*application for judicial review of administrative action*, di un vero e proprio processo amministrativo; l'istituzione, in seno alla *High Court*, di una sezione giurisdizionale specializzata nella cognizione delle controversie amministrative, dal significativo nome di *Administrative Court*; la tendenziale trasformazione degli *administrative tribunals* da organi amministrativi del contenzioso in organi giurisdizionali.

Ma all'avvicinamento della giurisdizione dei diversi Paesi europei ha contribuito anche il percorso – in un certo senso, inverso – che ha caratterizzato i sistemi dualistici e a diritto amministrativo, le cui giurisdizioni sono diventate sempre meno distanti, per struttura, poteri e funzione, dalla giurisdizione civile e di diritto soggettivo.

Le riflessioni di Longhi adducono, a supporto di questa ricostruzione, non solo la recente storia italiana, ma anche l'esperienza assai paradigmatica, ormai pluridecennale, della giurisdizione amministrativa tedesca e – considerazione ancor più interessante – la vicenda degli ultimi decenni del paese costituente l'archetipo dell'ordinamento a regime amministrativo e a giudice speciale: la Francia.

La sempre maggiore *subjectivation* di un contenzioso tradizionalmente di diritto oggettivo, l'aumento delle fattispecie di *recours de pleine juridiction*, il potenziamento dei *référés*, l'introduzione delle *astreintes* e delle *injonctions*, l'istituzione di giudici amministrativi di primo e di secondo grado con l'attribuzione al *Conseil d'Etat* delle funzioni di giudice di cassazione, la titolarità anche in capo a quest'ultimo organo, oltre che alla *Cour de Cassation*, del potere di sollevare la questione di legittimità costituzionale, il consolidamento di un criterio di riparto – quello dei *blocs de compétence* – certamente idoneo a realiz-

zare una buona amministrazione della giustizia, sono tutti elementi significativi che attestano una, sia pur parziale, riconfigurazione della giurisdizione amministrativa francese, tra le cui cause non è estranea l'influenza del diritto europeo.

Come evidenziato in questa ricerca, al di là dell'esistenza o meno di una magistratura amministrativa a sé stante, rimane comunque ferma in ogni esperienza giuridica la consapevolezza che, se anche può esistere un pluralismo giurisdizionale dal punto di vista organico, la giurisdizione rimane unica dal punto di vista funzionale. Ciò rende necessario, specialmente dove non esiste un arbitro della giurisdizione a composizione mista, un dialogo tra le diverse giurisdizioni che sia continuo, sistematico, leale e rispettoso delle diverse sensibilità giuridiche.