

PREMESSA

Il sindacato sulla questione di giurisdizione spettante alle Sezioni Unite e avente ad oggetto le sentenze del Consiglio di Stato costituisce uno dei temi più delicati e controversi del diritto amministrativo processuale sul piano normativo, dottrinale e giurisprudenziale, dacché interessa strettamente i rapporti mai del tutto definiti tra i poteri dello Stato e le supreme magistrature.

Le problematiche sottese all'intreccio del diritto amministrativo processuale con il diritto amministrativo sostanziale, il diritto costituzionale e il diritto euro-unitario, avrebbero implicato una trattazione esulante dai limiti della presente opera e, perciò, in un'ottica razionalizzatrice, si è ritenuto opportuno contenere lo sviluppo della ricerca entro l'alveo del diritto amministrativo processuale.

L'interesse al tema è maturato nel corso dell'esperienza di tirocinante giudiziario presso il Consiglio di Stato, successivamente approfondito in termini comparatistici in occasione di un soggiorno di ricerca presso l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne e la Biblioteca del Conseil d'État.

È d'uopo precisare che la presente indagine non intende esplorare l'interpretazione evolutiva fatta propria dalle Sezioni Unite rispetto ai motivi inerenti alla giurisdizione, in quanto l'oggetto della trattazione non concerne il tema del sindacato delle Sezioni Unite quanto al superamento dei limiti esterni della giurisdizione da parte dei giudici speciali, bensì a quello del sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato in ordine al difetto assoluto di giurisdizione nella duplice veste di sconfinamento nella sfera amministrativa, su cui verte il capitolo secondo, e del diniego di giustizia, al quale è dedicato il capitolo terzo.

A prescindere dalle molteplici categorizzazioni dell'istituto dell'assoluto difetto di giurisdizione che hanno interessato diffusamente la Dottrina più che la Giurisprudenza, si è preferito incentrare la trattazione muovendo dai caratteri costitutivi delle due fattispecie, al fine di escluderne o ammetterne, seppur condizionatamente, la riconducibilità all'assoluto difetto di giurisdizione, quale unica categoria ereditata dal contenzioso amministrativo ed espressamente positivizzata, tuttora vigente nel sistema di Giustizia Amministrativa

e perfettamente implicata nei motivi inerenti alla giurisdizione costituzionalizzati e codificati.

Benché si tratti di un tema ottocentesco nel quale la dottrina risalente assume un'importanza strutturale, tuttavia, nelle singole problematiche e nelle ultime prese di posizione, si è dato opportunamente conto della dottrina amministrativistica più recente.

In relazione all'ipotesi, più astratta che empirica, dello sconfinamento nella sfera del legislatore, si è ritenuto opportuno rimetterne i relativi contorni, altamente speculativi, alla ben più autorevole Dottrina contemporanea.

Orbene, stante l'estrema delicatezza e complessità del tema, si è inteso circoscrivere l'indagine alle fattispecie maggiormente controverse, muovendo dai profili storici, normativi e dogmatici che ne hanno connotato la matrice e a cui è dedicato il capitolo primo, per concentrare lo sviluppo della ricerca sulla ricostruzione dello sconfinamento nella sfera amministrativa e del diniego di giustizia.

Ciò in quanto la fattispecie del difetto assoluto strettamente inteso, così come il vizio di irregolare composizione del collegio giudicante, hanno avuto limitata evidenza empirica, così come quella del difetto relativo si presta ad una mera indagine casistica per settore di competenza del Giudice Amministrativo, di poco interesse sul piano dogmatico.

Sul piano epistemologico, ci si propone di impostare l'indagine alla luce del metodo scientifico falsificazionista di matrice popperiana o, altrimenti detto, metodo ipotetico-deduttivo o, come lo definisce Popper, «metodo deduttivo dei controlli».

In particolare, si intende sottoporre l'ipotesi della alterità dello sconfinamento e del diniego rispetto all'assoluto difetto di giurisdizione a severi tentativi di falsificazione ovvero a dettagliati e severi controlli ad alto tasso di falsificabilità e, quindi, ad alto tasso di corroborazione.

Dalla disamina critica delle declaratorie cassatorie più significative assunte a falsificatori potenziali in grado di corroborare un'ipotesi falsificante alternativa si intende concludere nei termini dell'accettabilità scientifica provvisoria della ipotesi ivi prospettata.

Il modo di inferenza falsificante adottato è il *modus tollendo tollens* della logica classica ovvero il modo in cui la falsificazione di una conclusione implica la falsificazione della asserzione singolare assunta a ipotesi dalla quale la conclusione è dedotta e, di conseguenza, la falsificazione dell'asserzione universale derivata da assiomi e assunta a sua volta a ipotesi dalla quale l'asserzione singolare è dedotta.

Nel capitolo primo, muovendo dalla tradizione pretoria italo-francese della Giustizia Amministrativa, dai principi costitutivi del diritto pubblico e dalla normativa vigente storicamente contestualizzata, assunti con valenza assioma-

tica nella ipotesi scientifica avanzata, si è concluso nei termini dell'esclusività dell'assoluto difetto di giurisdizione, quale unico vizio deducibile in sede cassatoria, in quanto compatibile con la tradizione, i principi e la normativa della Giustizia Amministrativa.

In particolare, il legislatore costituente e il legislatore codicistico hanno ammesso il sindacato cassatorio limitatamente ai soli motivi inerenti alla giurisdizione e, dunque, lo hanno escluso in ordine al vizio di violazione di legge (sostanziale e processuale).

Inoltre, l'assoluto difetto di giurisdizione, di cui all'art. 48 Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, inerisce alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione, così come storicamente interpretati, e non alla violazione dei limiti interni.

Orbene, sia lo sconfinamento nella sfera amministrativa in senso ampio sia il diniego di giurisdizione evolutivamente reinterpretato da una parte della dottrina amministrativistica, nonché qualunque altra fattispecie che ne condivida i tratti caratterizzanti individuati all'esito della indagine, ineriscono alla violazione di limiti interni e, dunque, non integrano l'assoluto difetto di giurisdizione e meritano di essere estromessi in sede cassatoria.

Quanto alla ricostruzione della matrice dell'istituto, si è optato per un inquadramento storico, normativo e dogmatico con riferimenti comparatistici, che, in un'ottica ragionevolmente contenuta, desse contezza dei caratteri costitutivamente compromissori del sistema di Giustizia Amministrativa, così da evidenziarne le originarie aporie, sulle quali si è sedimentato l'attuale attrito tra le supreme magistrature.

Giova premettere che storicamente la matrice degli attriti tra i plessi giurisdizionali affonda nelle alterne vicende normative occorse nel XIX secolo, a cui è seguito un periodo di relativa pacificazione inaugurata dal Concordato.

Tuttavia, negli anni '90 a seguito dell'incremento delle materie rientranti nella giurisdizione amministrativa esclusiva e alla generalizzazione della tutela risarcitoria sono riaffiorati reciproci irrigidimenti, acuitesi dalla sopravvenienza del cosiddetto "dinego di giustizia".

La prima fattispecie, oggetto del capitolo secondo, interessa il rapporto, da sempre controverso, tra amministrazione e giurisdizione, acuitosi sin dalla giurisdizionalizzazione del Consiglio di Stato.

Premesso che sul piano giusprocessualistico l'angolazione, dalla quale si dirama la presente ricerca, è, inevitabilmente, il sindacato sulla giurisdizione, non si è inteso addentrarsi *funditus* nelle tematiche di diritto amministrativo sostanziale, che richiederebbero ben altra disamina, quanto di selezionarne e vagliarne criticamente i profili processuali maggiormente controversi in sede cassatoria, per misurarne l'alterità rispetto alla categoria generale e sommessamente offrire ipotesi rimediali, giurisdizionali e istituzionali.

Preliminarmente, ci si permetta di anticipare che, nonostante i puntellamenti delle Sezioni Unite, l'antico equilibrio tra amministrazione e giurisdizione raggiunto per il tramite della elasticità equitativa e della creatività pretoria del contenzioso amministrativo è ancora attualmente perseguito, seppur carsicamente, dalla magistratura amministrativa.

Tra le fattispecie, oggetto dell'esame indiretto delle Sezioni Unite, sono state selezionate quelle maggiormente dibattute, dacché passibili di un sindacato sostitutivo del Giudice Amministrativo: in particolare, vengono in rilievo le valutazioni tecnico-discrezionali di tipo sanzionatorio, nonché quelle di tipo abilitativo e concorsuale.

Come è emerso all'esito dell'indagine, di cui si è dato conto nelle conclusioni della presente opera, lo scrutinio delle Sezioni Unite non si è attenuto al mero riscontro del difetto assoluto di giurisdizione, che non sussisteva affatto, ma a sindacare il *quomodo* dell'esercizio della giurisdizione sull'attività amministrativa, penetrando nell'attività interpretativa del Giudice Amministrativo.

Parimenti dicasi nelle fattispecie relative al cosiddetto diniego di giustizia, di cui la concettualizzazione dell'interesse legittimo o, *rectius*, la giuridificazione dell'interesse occasionalmente protetto – tema nutrito di implicazioni di tipo logico, epistemologico, gnoseologico – rappresenta nell'economia della presente opera elemento del tutto contestuale.

Infatti, a prescindere dalla giuridificazione dell'interesse occasionalmente protetto, il profilo di maggior interesse ai fini della presente trattazione è l'interazione tra l'interesse legittimo e il diniego di giurisdizione ovvero la questione della delibazione dell'interesse legittimo o, meglio, la questione della qualificazione della natura giuspubblicistica del rapporto dedotto in giudizio in funzione della delibazione del diniego di giurisdizione.

Alla problematicità storica del diniego di giurisdizione e alla implicata distinzione tra delibazione in astratto e delibazione in concreto della proponibilità della domanda si assomma l'altrettanta controversa fattispecie, recentemente coniata, del diniego di giustizia ivi ricondotta.

Una fattispecie, la cui riconducibilità alla categoria del diniego di giurisdizione, è particolarmente discussa in dottrina e giurisprudenza, dacché trattasi dell'ultima metamorfosi evolutiva del cosiddetto «eccesso di potere in concreto» in negativo di matrice calamandreiana.

Il tentativo esperito e tuttora coltivato in via interpretativa dalle Sezioni Unite mira ad intestarsi la disamina di un asserito critto-tipo del diniego di giurisdizione: non solo l'accertamento della titolarità della potestà giurisdizionale come potere, ma anche la verifica della sua erogazione come servizio in relazione ai principi di effettività e giusto processo.

Ebbene, una compiuta indagine critica sul diniego di giustizia, quale asserito critto-tipo del diniego di giurisdizione, non può prescindere dalle matri-

ci giurisprudenziali, che hanno delineato i contorni della fattispecie, senza addentrarsi nelle singole problematiche giusprocessualistiche.

Il nucleo della questione – ma analoghe considerazioni possono essere formulate con riguardo agli *errores in procedendo* – rimane quello dell'indagine sul discrimine tra *error in iudicando*, che consiste in una mera violazione di legge integrata da un errore interpretativo o applicativo, e l'errore che trasmodi in diniego di giurisdizione.

Da tempo in dottrina e giurisprudenza si assiste al tentativo di dilatare il diniego di giurisdizione inteso come diniego di giustizia a *errores in procedendo* particolarmente qualificati, quali la violazione dei principi costitutivi del giusto processo.

Sul piano sistematico, ci si chiede se l'attuazione della giurisdizione sia problema distinto da quello della giurisdizione stessa e se una giurisdizione parzialmente attuata sia motivo di violazione del giusto processo o anche di violazione di limiti esterni della giurisdizione medesima.

Talora, perfino l'esercizio concreto della funzione giurisdizionale appare assurgere a elemento essenziale della giurisdizione stessa in significativa tensione con le garanzie costituzionali poste a presidio della giurisdizione amministrativa: il *quomodo* della giurisdizione diviene *an* della giurisdizione.

A prescindere dalla configurabilità di un eccesso di potere giurisdizionale in negativo nei confronti del legislatore, il punto critico risiede nell'accezione di diniego di tutela, perché, come più volte predicato dalle stesse Sezioni Unite, il vizio è censurabile solo se aprioristico e scevro da "contaminazioni" ermeneutiche.

Orbene, al di là di formule tralatizie e digressioni pleonastiche, si intende dimostrare che, nei casi in cui le Sezioni Unite hanno cassato adducendo il diniego di giustizia, sia ravvisabile una matrice ermeneutica nelle violazioni della legge processuale integrate dal Giudice Amministrativo, ben lontana dalla mera affermata estraneità della domanda o della materia alle attribuzioni giurisdizionali.

Ne consegue che l'assunto secondo cui la questione di giurisdizione sia questione pregiudiziale di rito non pare affatto condivisibile, in quanto «l'eccesso di potere» a fronte del merito amministrativo o il «diniego di giustizia» a fronte di un interesse legittimo celano, in realtà, una questione di merito e, quindi, rientrano a pieno titolo nei limiti interni.

Sul punto, le soluzioni sinora proposte in dottrina non sembrano idonee a risolvere i problemi correlati all'intrinseca evoluzione del ruolo della Giustizia Amministrativa, che imporrebbe di organizzare l'attuale dibattito muovendo dalle ragioni della specialità del Giudice Amministrativo e dalle sue implicazioni istituzionali, anche in rapporto alle caratteristiche delle posizioni giuridiche soggettive tutelate.

Il *punctum dolens* del sistema di Giustizia Amministrativa, così come si è andato costituendo, appare, infatti, di natura marcatamente strutturale: l'assenza di un sindacato cassatorio interno alla giurisdizione amministrativa, comprensivo sia di un controllo di competenza ampiamente inteso così come coniato nel sistema francese sia di un controllo sulla violazione o falsa applicazione di una norma di diritto da parte del Giudice Amministrativo di prime cure.

Dunque, oltre ad una riforma del sistema delle impugnazioni all'interno di ciascuna giurisdizione, che consenta di offrire un rimedio ripristinatorio e non solo risarcitorio alle violazioni del diritto dell'Unione europea, si ritiene opportuno, altresì, avanzare ipotesi di rimedi strutturali mutuati dal modello cassatorio della Giustizia Amministrativa francese.

La combinazione simultanea di rimedi giurisdizionali e di rimedi istituzionali dovrebbe condurre ad un duraturo assestamento delle giurisdizioni su posizioni meno "belligeranti", come viceversa occorso negli ultimi venti anni, e ad uno strutturale diradamento delle occasioni di attrito a beneficio della tutela dei diritti del cittadino.