

Pasquale de Lise

L'ORGANIZZAZIONE E LE FUNZIONI DEL CONSIGLIO DI STATO

ITALIANO.1[*]

SOMMARIO: 1. L'influenza del modello francese sul sistema italiano di giustizia amministrativa. 2. La nascita del Consiglio di Stato e l'evoluzione del modello istituzionale. 3. Riparto di giurisdizione, unità funzionale della giurisdizione e pluralità di giudici. 4. L'ordinamento della giustizia amministrativa in Italia. 5. Il principio della pluralità delle azioni e l'oggetto del processo. 6. Le funzioni consultive del Consiglio di Stato.

1. L'influenza del modello francese sul sistema italiano di giustizia amministrativa.

Il *Conseil d'Etat* ha rappresentato non solo per l'Italia, ma per tutti gli ordinamenti a regime amministrativo, un importante punto di riferimento.

La centralità del modello francese e la sua capacità di influenzare le esperienze degli altri Paesi sono riconducibili ad una pluralità di fattori.

Vi è, in primo luogo, una ragione storica.

1[*] Relazione introduttiva tenuta in occasione della visita al *Conseil d'Etat* di una delegazione del Consiglio di Stato italiano (26-28 settembre 2011).

Il *Conseil d'Etat* nasce con la Costituzione del 13 dicembre 1799 ed è il primo dell'era moderna.

La Francia è la patria del principio della separazione dei poteri che, nei rapporti tra potere giudiziario e potere esecutivo, si tradusse nel divieto per il giudice ordinario di ingerirsi negli affari dell'Amministrazione e di conoscere il relativo contenzioso, postulando così la creazione di un giudice "speciale". Nel corso degli anni, la disputa tra i difensori della separazione e i critici del dualismo giurisdizionale ha avuto l'effetto di "esaltare" il prototipo francese, alimentando la sua centralità nel dibattito in materia.

La Francia è, ancora, la culla del moderno diritto amministrativo, la cui nascita si fa tradizionalmente risalire al celebre *arrêt Blanco*, con il quale il *Tribunal des conflits*, nel 1873, ritenne che ai rapporti tra cittadino e Amministrazione dovessero applicarsi regole "speciali", capaci di conciliare le prerogative dello Stato con i bisogni dei cittadini, ponendo così l'accento su quella esigenza di equilibrio che è, ancora oggi, elemento essenziale del diritto amministrativo.

A tale centralità ha, infine, contribuito anche la lungimirante politica delle Istituzioni francesi che, con la costante designazione di consiglieri di Stato per le più importanti cariche anche nelle molteplici sedi europee ed internazionali, ha valorizzato e diffuso nel mondo la conoscenza della qualità della giustizia amministrativa francese e dell'intero sistema pubblico.

Il *Conseil d'Etat* ha saputo poi conquistarsi sul campo il prestigio di cui gode, in forza dell'autorevolezza dei suoi *grands arrêts*. Con la sua giurisprudenza, sviluppatasi nel corso dei diversi regimi e forme di governo che la Francia ha conosciuto dalla Rivoluzione

alla Quinta Repubblica, il *Conseil d'Etat* ha “creato” il diritto amministrativo nazionale e ha lasciato la sua impronta negli ordinamenti a diritto amministrativo di molti altri Paesi.

Il Consiglio di Stato italiano, creato con il regio editto del 18 agosto 1831 da Carlo Alberto, trova proprio nel *Conseil d'Etat* il suo modello di riferimento.

Da quel momento, le assonanze tra il sistema italiano e quello francese sono sempre risultate evidenti.

Ciò non solo per l'esistenza di una duplice giurisdizione (ordinaria e amministrativa) e la coesistenza, in capo ai rispettivi Consigli di Stato, della funzione giurisdizionale e di quella consultiva.

Si tratta, invero, di una affinità che ha radici più profonde.

Il *Conseil d'Etat* e il Consiglio di Stato sono accomunati dal ruolo svolto nella creazione delle regole, con una giurisprudenza (il *droit pretorien*) capace di colmare le lacune normative e di plasmare forme di tutela adeguate alle istanze emergenti; dall'alta considerazione “istituzionale”, confermata dall'importanza degli incarichi che i Consiglieri svolgono negli uffici ministeriali e negli enti pubblici; dalla capacità di essere anche produttori di cultura giuridica, nell'ambito di un costante dialogo con gli esponenti dell'accademia e del foro.

L'entrata in vigore, il 16 settembre 2010, del *Codice del processo amministrativo*, costituisce un ulteriore punto in comune, dieci anni dopo il *Code de justice administrative*.

Nonostante le numerose assonanze, i due sistemi presentano, tuttavia, non trascurabili profili di diversità: sono gli stessi rapporti tra giustizia ordinaria e giustizia

amministrativa che risultano organizzati secondo principi diversi, man mano consolidatisi attraverso un'esperienza storica che ha nel tempo confermato il divario tra il *Conseil d'Etat* e il Consiglio di Stato.

E' significativo ricordare che una pur non più recentissima classificazione operata dalla dottrina italiana (Nigro), indicava, per quanto riguarda il contenzioso amministrativo, l'esperienza francese come esempio paradigmatico dei "modelli monistici con prevalenza del giudice amministrativo" (nei quali, quindi, la competenza del giudice ordinario nei confronti dell'Amministrazione risulta eccezionale), mentre collocava quella italiana all'interno dei "sistemi dualisti". Anche i comparatisti francesi hanno riconosciuto l'autonomia del modello italiano, osservando che esso si colloca a metà strada tra quello francese e quello inglese (Fromont).

In un quadro ricco di parallelismi e di divergenze, questo incontro si rivela un'occasione di dialogo particolarmente fruttuosa, soprattutto per analizzare e confrontare l'organizzazione e le funzioni di due Istituti che hanno sempre avuto, nella loro lunga storia, come obiettivo principale la cura dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione. Incontro che, per una fortunata combinazione, avviene in occasione del centottantesimo anniversario del Consiglio di Stato italiano e ad un anno esatto dall'entrata in vigore del Codice del processo.

2. La nascita del Consiglio di Stato e l'evoluzione del modello istituzionale.

Il nostro Consiglio di Stato nasce sotto una stella che ancora oggi ne illumina il cammino: la volontà di perseguire il “*miglioramento nelle cose pubbliche*”, come è scritto nell’editto di Carlo Alberto.

Il prestigio dell’Istituto, la marcata indipendenza di azione, la costante modernità dell’interpretazione del suo ruolo ne hanno consentito la sopravvivenza e l’evoluzione anche in contesti storici ed istituzionali diversi.

Sorto come organo consultivo, la sua importanza nel periodo 1831-1848 fu di grande rilievo. Le funzioni del nuovo organo erano amplissime, estendendosi su quasi tutte le materie legislative e amministrative. Esso era considerato da giuristi e storici “*organo politico*” e “*embrione di Parlamento*”.

Il Consiglio di Stato del Regno di Sardegna, nella fase pre-statutaria, fu, dunque, un organo costituzionale, strumento principale delle riforme che il re meditava. Esso svolse una funzione formalmente consultiva, ma di grande peso pratico, relativa alla legislazione e all’amministrazione del ventennio 1831–1848.

Con le regie patenti del 1842 e con il regio editto del 1847 fu creato il sistema di contenzioso amministrativo, con attribuzione delle competenze ai Consigli di intendenza in primo grado e alla Camera dei conti in secondo grado.

Quest’ultima fu soppressa in occasione della riforma Rattazzi, attuata con la legge 30 ottobre 1859, n. 3708, allorché le sue attribuzioni quale giudice d’appello

dell'indifferenziato contenzioso amministrativo furono devolute in gran parte al Consiglio di Stato, che continuò a svolgere anche le funzioni consultive.

Respinta la prospettiva della giurisdizione unica (che proponeva di devolvere tutte le controversie tra privati e pubblica amministrazione ai tribunali ordinari), a favore del modello francese del contenzioso amministrativo, tali controversie furono ripartite tra tribunali civili (ai quali furono affidate le controversie prettamente civilistiche, nelle quali l'Amministrazione agiva per lo più con atti di diritto comune) e organi del contenzioso amministrativo, cui furono attribuite le controversie su materie più spiccatamente pubblicistiche.

Accanto alla giurisdizione ordinaria del contenzioso amministrativo, tuttavia, la legge del 1859 aveva previsto, in particolari materie, una *giurisdizione speciale* (successivamente denominata giurisdizione "propria" in contrapposizione a quella "ritenuta"), affidata al Consiglio di Stato in unico grado. Dunque il Consiglio di Stato italiano cominciò ad amministrare la giustizia "delegata", invece di quella "ritenuta", più di un decennio prima del suo omologo francese.

Una nuova fase si aprì con l'allegato E della legge n. 2248 del 1865, che abolì il contenzioso amministrativo, devolvendo alla giurisdizione ordinaria la cognizione delle controversie in cui si facesse "questione d'un diritto civile o politico" e all'autorità amministrativa gli altri "affari".

In questo contesto il Consiglio di Stato continuò a svolgere limitate funzioni giurisdizionali e importanti funzioni di giustizia amministrativa non giurisdizionale nei ricorsi straordinari al Re. Inoltre gli venne assegnato il compito di risolvere i conflitti di

attribuzione tra autorità amministrativa e giudice ordinario, compito esercitato fino al 1877 quando la relativa competenza fu trasferita alla Corte di Cassazione di Roma.

La *ratio* della legge del 1865 – ispirata ai principi del liberalismo inglese e dei suoi seguaci francesi, come Tocqueville – risiedeva nell'idea che unico era il diritto e unica doveva essere la giurisdizione: ammettere una giurisdizione speciale per le controversie in cui era parte la pubblica amministrazione avrebbe significato garantirne i privilegi, essendo il giudice amministrativo considerato “un giudice in casa propria”.

Si trattò di una scelta che si rivelò non idonea ad assicurare, anche per la prassi applicativa che presto si diffuse, un efficace sistema di tutela giurisdizionale del cittadino. Il giudice ordinario aveva, infatti, optato per un sindacato “timido” e per un'applicazione restrittiva della propria competenza, ritenendola sussistente soltanto in presenza di atti di gestione e non anche di imperio.

Da qui la sempre più avvertita necessità di completare il sistema delineato dalla legge del 1865 mediante la previsione della tutela giurisdizionale anche per gli interessi lesi dall'esercizio dell'attività autoritativa della pubblica amministrazione che non ricevevano protezione da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria.

Tali riflessioni ispirarono la riforma Crispi, che trovò attuazione con la legge n. 5992 del 1889, istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, cui fu attribuita la tutela dei predetti interessi (è significativo che, nello stesso anno, l'*arrêt Cadot* segnò, in Francia, la fine della teoria ministro-giudice).

Le ragioni dell'innovazione furono essenzialmente tre: l'Istituto era già stato giudice del contenzioso; godeva di un notevole prestigio e di una fama di indipendenza; aveva un

grande fascino il modello del Consiglio di Stato francese e del *recours pour excès de pouvoir*.

La legge del 1889, non definendo esplicitamente la natura delle funzioni attribuite alla Quarta Sezione, diede vita ad un'ampia discussione circa il loro carattere giurisdizionale o meramente amministrativo contenzioso. Tale questione fu risolta con la legge Giolitti del 1907, istitutiva della Quinta Sezione, che qualificò di natura giurisdizionale le funzioni attribuite ad entrambe le sezioni.

Da allora il Consiglio di Stato ha esercitato il ruolo di garante della giustizia nell'amministrazione, non solo durante i governi democratici ma anche nel regime fascista, nei cui confronti seppe mantenere - come è stato riconosciuto fin dall'Assemblea Costituente - un alto grado di autonomia.

La Costituzione repubblicana ha confermato e consolidato il sistema di giustizia amministrativa delineato con le leggi del 1865 e del 1889. In particolare, è stata mantenuta la coesistenza delle funzioni consultive e giurisdizionali: l'art. 100, infatti, definisce il Consiglio di Stato come "organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione" e gli artt. 103, primo comma, e 125 prevedono la giurisdizione del Consiglio di Stato e degli altri organi di giustizia amministrativa.

Tale sistema si è poi sviluppato a seguito di importanti riforme attuate, in particolare, con il decreto-legge n. 642 del 1948, che ha creato la Sesta Sezione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, la legge n. 1034 del 1971, istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali, il decreto legislativo n. 80 del 1998, la legge n. 205 del 2000 e, infine, con l'adozione del Codice del processo amministrativo.

3. Riparto di giurisdizione, unità funzionale della giurisdizione e pluralità di giudici.

In Italia, la regola di riparto della giurisdizione sancita dalla Costituzione (art. 103) e ribadita e dal Codice (art. 7) è fondata sulla natura della situazione soggettiva (diritti soggettivi o interessi legittimi) che il privato fa valere nei confronti dell'Amministrazione.

La giurisdizione amministrativa presuppone la sussistenza di controversie “concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere”.

La Costituzione riconosce al giudice amministrativo la giurisdizione per la tutela degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi (c.d. giurisdizione esclusiva, che presuppone la stretta connessione tra interessi legittimi e diritti soggettivi).

Ciò vale, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale (sentenza n. 140 del 2007), anche per i diritti costituzionalmente protetti, per cui il giudice amministrativo può conoscere delle controversie che involgono l'esercizio di un potere amministrativo incidente su diritti soggettivi fondamentali. Infatti, la necessità di tutelare altri valori, anch'essi di rilevanza costituzionale, può richiedere, nell'ambito di una valutazione bilanciata di tutti gli interessi coinvolti, l'attribuzione di un potere discrezionale alla pubblica amministrazione, il cui esercizio non può che essere soggetto al sindacato del giudice amministrativo.

Il riparto della giurisdizione resta, in Italia, una questione per molti versi più delicata rispetto all'esperienza francese, dove i due criteri della *puissance publique* e del *service public* hanno ormai da tempo consentito di tracciare una linea di confine piuttosto netta tra le competenze dei due ordini giudiziari.

Se si confrontano i rispettivi Codici processuali colpisce un dato: nel Codice del processo amministrativo la competenza del giudice amministrativo in rapporto a quello ordinario è oggetto di una disciplina analitica (artt. 7 e 133), che non trova corrispondenza nel *Code de la justice administrative* che, agli artt. L 211-1 e L 311-1, si limita a prevedere in maniera lapidaria che i Tribunali amministrativi sono i giudici di diritto comune del “contenzioso amministrativo”, senza alcuna ulteriore precisazione.

E' un elemento significativo: in Italia la questione della giurisdizione è stata oggetto di una complessa evoluzione normativa e giurisprudenziale, che ha trovato il suo punto di approdo nelle fondamentali sentenze della Corte costituzionale n. 204/2004 e 191/2006, i cui principi sono stati recepiti dal Codice.

E' ormai definitivamente acquisito che il giudice amministrativo è il giudice “ordinario” delle situazioni soggettive attribuite alla sua cognizione. Risulta così avvalorata l'idea che la pluralità dei giudici – nell'omogeneità della funzione giurisdizionale – costituisce un valore aggiunto, una ricchezza per il Paese e un vantaggio per i cittadini, perché, nella diversità delle tecniche di tutela, la “specializzazione” del giudice amministrativo conduce ad un approfondimento del sindacato finalizzato a rendere la giustizia amministrativa effettiva, piena e soddisfacente, sempre nel rispetto delle prerogative dell'amministrazione.

In questo quadro è di fondamentale importanza la disciplina della *translatio iudicii*, recentemente introdotta dal Codice sull'impulso di un'altra importante sentenza della Corte costituzionale (n. 77 del 2007). La *translatio iudicii* permette, infatti, di creare un canale di comunicazione processuale tra le due giurisdizioni, in linea con la lettura unificante della tutela giurisdizionale desumibile dalla Costituzione, al fine di mettere il cittadino in condizione di recuperare il più possibile l'attività processuale già svolta, senza essere penalizzato dalla pluralità di giudici che per lui deve essere un vantaggio.

4. L'ordinamento della giustizia amministrativa in Italia.

L'ordinamento della giustizia amministrativa si articola nei Tribunali amministrativi regionali per il primo grado e nel Consiglio di Stato per il secondo e ultimo.

Manca il livello intermedio, che in Francia è costituito dalle Corti amministrative d'appello. Si tratta di una peculiarità del modello francese alla quale, specie negli ultimi anni, si guarda in Italia con molto interesse. Ciò in considerazione degli effetti positivi che la creazione delle Corti di appello potrebbe sortire soprattutto ai fini della configurazione del Consiglio di Stato come giudice di pura legittimità e di cassazione.

Il Consiglio di Stato è suddiviso in sette sezioni: alle tradizionali sei sezioni l'art. 17, comma 28, della legge n. 127 del 1997 ha aggiunto la sezione consultiva per gli atti normativi.

In precedenza la legge stabiliva che le prime tre sezioni avessero funzioni consultive e che la quarta, la quinta e la sesta esercitassero funzioni giurisdizionali; l'art. 54 del

decreto-legge n. 112 del 2008 ha previsto che il Presidente del Consiglio di Stato individua le sezioni che svolgono rispettivamente le funzioni giurisdizionali e quelle consultive, sicchè, nel 2010, la terza sezione è stata trasformata in sezione giurisdizionale, per cui oggi vi sono tre sezioni consultive e quattro giurisdizionali.

Il Consiglio di Stato si articola inoltre nell'adunanza generale, con funzioni consultive, alla quale partecipano tutti i magistrati in servizio, e nell'adunanza plenaria, con funzioni giurisdizionali, presieduta dal Presidente del Consiglio di Stato e composta da dodici magistrati assegnati alle sezioni giurisdizionali.

Il deferimento di una questione all'adunanza plenaria può avvenire – su iniziativa sia della sezione cui è assegnato il ricorso che del Presidente del Consiglio di Stato – per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali. Al fine di assicurare l'uniformità della giurisprudenza, il codice del processo amministrativo ha previsto che la sezione cui è assegnato il ricorso, se ritiene di non condividere un principio di diritto formulato dall'adunanza plenaria, è tenuta a rimettere a quest'ultima la decisione del ricorso medesimo.

Da rimarcare, per ciò che concerne la formazione delle decisioni, la differenza con il *Conseil d'Etat*, che presenta una disciplina più articolata, prevedendo due formazioni ordinarie di decisione (la *sous-section jugeant seule* e le *sous-sectiones réunies*) e due formazioni straordinarie (la *section du contentieux* e l'*assemblée du contentieux*), chiamate a decidere sugli affari che rivestono maggiore importanza.

Meno articolata, rispetto a quella francese, risulta anche la disciplina della fase della formazione della decisione.

La *séance de jugement* è caratterizzata dalla presenza di tre protagonisti principali: il *rapporteur*, incaricato di istruire e studiare il fascicolo redigendo un vero e proprio *projet d'arrêt* e un rapporto esplicativo dello stesso; il *réviseur*, che rivede e formula le sue osservazioni sul progetto di decisione, formulando una sua proposta, e il *rapporteur public*, chiamato ad esporre in pubblico, in piena indipendenza, la sua opinione sulle questioni oggetto del giudizio e al quale prima dell'udienza viene comunicato il *projet d'arrêt*.

Nel sistema italiano manca una figura analoga al *rapporteur public*; il ruolo del giudice relatore, risulta sensibilmente diverso da quello *rapporteur* perché non è prevista la redazione del *projet d'arrêt*; manca, altresì, una figura assimilabile a quella del *réviseur*; infine, non è previsto un istituto analogo alla *séance d'instruction*.

Certamente colpiscono, nel sistema francese, la sistematicità dello studio dell'affare, la ricchezza delle compagini giudicanti e l'articolato rapporto tra l'importanza del caso trattato e la composizione del collegio giudicante.

In Italia, come si è accennato, la giustizia amministrativa è organizzata in due gradi di giudizio: il Consiglio di Stato è, quindi, organo di appello e di ultimo grado.

Il giudizio introdotto con il ricorso in appello è preordinato a provocare, nei limiti dei motivi di impugnazione, un completo riesame della controversia già decisa e ad ottenere una nuova decisione destinata a sostituire la prima, oltre che a concludere unitariamente il processo. In questo senso si può dire che il giudizio di appello rappresenta la continuazione del giudizio di primo grado e che l'attacco ad opera dell'appellante alla sentenza pronunciata dal giudice di prime cure è libero e pieno, potendo investire direttamente il rapporto sostanziale oggetto della controversia.

Il carattere rinnovatorio del giudizio di appello è confermato dall'art. 105 c.p.a.: in base a questa norma, tranne le limitate ipotesi in cui il giudice d'appello annulla con rinvio al T.a.r., la regola è che il Consiglio di Stato decide definitivamente sulla controversia.

Sono evidenti, sotto questo profilo, le differenze rispetto al giudizio innanzi al *Conseil d'Etat* che, in seguito all'introduzione delle Corti amministrative di appello, è ormai prevalentemente un giudice di cassazione. In tale qualità, a differenza dell'omologo italiano, il *Conseil d'Etat* esercita un controllo di legittimità (sostanziale e processuale) per molti aspetti analogo a quello che nell'ambito della giurisdizione ordinaria è svolto dalla Corte di Cassazione. Controlla, in particolare, la regolarità formale e procedurale della decisione impugnata, l'errore di diritto e l'errore nella qualificazione giuridica dei fatti, ma non può rimettere in discussione l'*appréciation souveraine des faits* compiuta dal giudice di merito.

Le sentenze del Consiglio di Stato sono impugnabili in Cassazione soltanto per “*motivi inerenti alla giurisdizione*”, come espressamente disposto dall'ultimo comma dell'art. 111 della Costituzione.

In Italia, infatti, a differenza del sistema francese che prevede il *Tribunal des conflits*, costituito da magistrati del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione, il compito di regolare la giurisdizione è affidato alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. La soluzione francese appare più idonea ad assicurare il dialogo e il confronto tra le giurisdizioni: sarebbe a mio avviso auspicabile che fosse introdotta in Italia.

5. Il principio della pluralità delle azioni e l'oggetto del processo.

Merita un'attenzione particolare il tema relativo al tipo di tutela che può essere invocata dal privato innanzi al giudice amministrativo. Si tratta, infatti, di un aspetto che, specie in seguito all'approvazione del Codice del processo, conferisce al sistema italiano elementi di originalità e modernità.

Completando il percorso già iniziato dalla giurisprudenza, il Codice ha previsto il principio della pluralità delle azioni idonee a soddisfare la pretesa del ricorrente.

L'azione cardine del processo rimane quella tradizionale di annullamento (in cui si ritrova molto del *recours pour excès de pouvoir*) che garantisce al privato – in virtù del sempre più intenso effetto conformativo della sentenza di accoglimento – una pronuncia non meramente caducatoria, ma anche, talvolta, di accertamento del rapporto dedotto in giudizio e di indirizzo nella fase di riesercizio del potere da parte dell'amministrazione. La nuova disciplina dei vizi formali non invalidanti impone, inoltre, al giudice, all'esito di un giudizio prognostico, di accertare con una modulazione del sindacato dipendente dalla tipologia del vizio, se il rispetto della regola procedimentale o formale sarebbe stato idoneo ad incidere sull'assetto degli interessi definito con il provvedimento impugnato.

E' stata disciplinata l'azione di condanna, in particolare al risarcimento del danno. Con riguardo a quest'ultima ora il privato può agire anche senza la previa o contestuale domanda di annullamento, ma entro il termine di decadenza di centoventi giorni. In tal modo il Codice ha risolto il contrasto che era sorto tra la giurisprudenza della Corte di Cassazione e quella del Consiglio di Stato in ordine alla questione della c.d. pregiudiziale amministrativa.

La disciplina dell'azione avverso il silenzio consente di accertare, in presenza di

un'attività vincolata ovvero quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità, la fondatezza della pretesa azionata, con condanna dell'amministrazione ad emanare il provvedimento richiesto.

Con riguardo all'azione di accertamento, il Codice ha contemplato esclusivamente quella di nullità del provvedimento. La mancata indicazione di altri casi in cui sia consentito accertare l'esistenza o l'inesistenza del rapporto giuridico controverso non sembra, tuttavia, escludere che questa forma di tutela, essendo connaturale ad ogni modello processuale, possa egualmente essere esperita, purché non ricorrano le condizioni per l'attivazione di altre azioni e non si sia in presenza di poteri amministrativi non ancora esercitati.

Va, infine, citata l'azione di ottemperanza, che non trova un preciso equivalente nei sistemi processuali di altri Paesi. Essa è in grado di offrire al cittadino una tutela molto incisiva nel caso in cui l'Amministrazione non ottemperi ai provvedimenti del giudice (sia ordinario che amministrativo) o ai provvedimenti equiparati alla sentenza (ad esempio, il decreto ingiuntivo, l'ordinanza cautelare o il lodo arbitrale).

In questi casi il privato può proporre, nel termine di prescrizione di dieci anni, l'azione di ottemperanza, nell'ambito della quale il giudice amministrativo, dopo aver accertato che l'Amministrazione non ha attuato il comando contenuto nella sentenza, si sostituisce ad essa e adotta tutte le misure necessarie, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione (art. 114, comma 4, lett. a), c.p.a.).

Pur ricordando in parte *les procédures d'injonction* previste dal CJA, l'azione di ottemperanza si presenta probabilmente di maggiore efficacia nella misura in cui consente al

giudice non solo di fissare una *astreinte* in caso di persistente inerzia dell'Amministrazione, ma di sostituirsi ad essa (direttamente o tramite un commissario *ad acta*). Peraltro, seguendo il modello francese, il Codice ha espressamente previsto la possibilità per l'Amministrazione di proporre il ricorso in ottemperanza anche solo per ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di attuazione del giudicato (art. 112, comma 5).

In definitiva, la disciplina della pluralità delle azioni consacra lo spostamento del giudizio dall'atto all'assetto di interessi sottostante, ossia al rapporto, e dimostra che, in un percorso di graduale rafforzamento delle forme di protezione, si è conseguito l'obiettivo di una tutela non solo piena ed effettiva ma anche (almeno tendenzialmente) soddisfattiva.

Anche in presenza della pluralità delle azioni, rimane, tuttavia, fermo ed indiscusso il principio di separazione tra attività giurisdizionale e attività amministrativa, che il Codice ha pienamente rispettato. Dal complesso delle norme costituzionali in materia di giustizia amministrativa emerge, infatti, l'imperativo a mantenere integri i pilastri dello Stato liberale di diritto, che vietano al giudice amministrativo di trasmodare in ambiti riservati alla valutazione propria dell'autorità pubblica.

Questo è certamente un aspetto che accomuna i giudici amministrativi italiani e francesi. Come bene ha ricordato il Presidente Sauvé nella relazione pronunciata il 17 giugno scorso a Versailles sul tema della giustizia nella separazione dei poteri, rendere giustizia significa anzitutto riconoscere che il giudice non ha gli stessi poteri dell'Amministrazione; egli deve, pertanto, arrestarsi ove comincia la valutazione di opportunità di una decisione amministrativa.

E' dunque necessario – mi permetto di aggiungere - che vi sia un giudice “che

garantisca che l'amministrazione faccia bene il suo mestiere" e non "un giudice che faccia il mestiere dell'amministrazione".

Una parziale devianza rispetto al modello descritto è contenuta nelle norme sul processo dei contratti pubblici – che recepiscono quanto già stabilito dal d.lgs. n. 53 del 2010, di attuazione della direttiva 2007/66/CE – nella parte in cui attribuiscono al giudice amministrativo il potere di irrogare determinate sanzioni amministrative (pecuniarie e di riduzione della durata del contratto) alternative alla declaratoria di inefficacia del contratto. Tale potere – almeno per le sanzioni pecuniarie, che hanno una chiara finalità punitiva – è espressione di una funzione materialmente amministrativa, come dimostra, fra l'altro, l'ampia discrezionalità riconosciuta al giudice nella scelta del tipo di sanzione da applicare e nella modulazione dell'entità della somma richiesta.

6. Le funzioni consultive del Consiglio di Stato.

Le funzioni consultive sono esercitate dal Consiglio di Stato quale organo dello Stato-ordinamento e non dello Stato-apparato, in quanto esso è investito di importanti questioni non soltanto dal Governo, ma anche dal Parlamento, dalle Autorità amministrative indipendenti e dalle Regioni.

Tali funzioni si sono andate modificando soprattutto negli ultimi tempi: da consulenza dell'amministrazione per singoli atti a meccanismo preventivo di garanzia, nell'interesse pubblico in generale e non soltanto nell'interesse della pubblica amministrazione, svolgendo un ruolo che giova alla giurisdizione ed è ad essa strettamente

connesso. La natura comune delle due funzioni ha sempre indotto i magistrati del Consiglio di Stato ad esercitarle con lo stesso spirito e lo stesso stile.

In particolare, la funzione consultiva sugli atti normativi costituisce una garanzia oggettiva nel procedimento preordinata alla formazione delle regole: essa si estende ad una valutazione preventiva sulla qualità della regolazione e sulla sua rispondenza alle regole di riparto delle competenze costituzionali e alla normativa comunitaria, nel perseguimento dei valori di coerenza ed unitarietà del sistema, contribuendo all'azione del Parlamento e del Governo diretta alla semplificazione, alla chiarezza e alla razionalizzazione delle fonti normative.

Negli ultimi anni la funzione consultiva sugli atti normativi si è rafforzata a seguito dell'istituzione, come già ricordato, di una apposita sezione del Consiglio di Stato, che esprime pareri obbligatori, tra l'altro, per l'emanazione di regolamenti governativi e ministeriali, testi unici, codici di settore e per gli interventi di semplificazione normativa.

Il Consiglio di Stato è, inoltre, chiamato a fornire il proprio parere sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica; questo rimedio, pur avendo natura amministrativa ed essendo alternativo rispetto al ricorso giurisdizionale, ha assunto, in virtù di leggi recenti, una nuova configurazione, sia per la possibilità riconosciuta al Consiglio di Stato di sollevare, in sede di emanazione del parere, questioni di legittimità costituzionale sia per la previsione dell'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al parere reso dal Consiglio di Stato: in tal modo, il ricorso straordinario è stato sostanzialmente assimilato alle forme di tutela giurisdizionale.

Si possono senz'altro condividere, a conferma ulteriore della più volte menzionata

vicinanza tra i due Istituti, le osservazioni che si leggono nell'*Editorial* del Presidente Sauvé che precede il *Rapport public 2011*: “sebbene la funzione consultiva del *Conseil d’Etat* non si indirizzi direttamente ai cittadini, questi ne beneficiano indirettamente. Essa migliora il governo delle cose pubbliche, serve lo Stato di diritto e fa del *Conseil d’Etat* una Istituzione collocata al cuore delle sfide della società”.

E’ una funzione, inoltre, oggi chiamata a confrontarsi con quelle nuove forme di “democrazia partecipativa” o “amministrazione deliberativa”, che ormai rappresentano, come bene evidenzia ancora il *Rapport public 2011*, una straordinaria opportunità per la pubblica amministrazione in ogni Stato di diritto.

* * * *

In conclusione, mi piace richiamare quanto ha scritto il Presidente Sauvé nello studio contenuto nel volume per il centottantesimo anniversario del Consiglio di Stato: che, al di là delle differenze ordinamentali, la giustizia amministrativa trova radice nella tradizione giuridica, ma si nutre della modernità del diritto, anche di derivazione comunitaria e internazionale, costituendo un ponte ideale tra il passato e il futuro della società.
