

Una giustizia amministrativa “territoriale”?

Vincenzo Cerulli Irelli

Abstract

Partendo dal dato incontestato secondo cui, anche dopo la riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione, la giurisdizione, comprensiva anche della giustizia amministrativa, continua ad essere funzione dello Stato, come è pacifico anche sulla base dell'art. 117, comma 2, lett. l), Cost., l'Autore si interroga sull'esistenza di un vincolo per il legislatore statale, nella disciplina delle funzioni giurisdizionali e dell'organizzazione (amministrazione) della giurisdizione, derivante dai principi che attengono all'assetto regionalista della nostra Repubblica. A questo fine, propone una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 125 Cost., secondo cui la norma avrebbe acquisito una nuova pregnanza, imponendo al legislatore statale non solo di prevedere organi di giustizia amministrativa di primo grado, ma anche di riservare ad essi un ambito insuperabile di giurisdizione/competenza, nonché di funzioni a carattere giustiziale.

1. Premessa

L'assetto fortemente decentrato del nostro sistema costituzionale di governo a seguito della riforma del 2001, un sistema che va verso il federalismo¹, al di là del riparto delle competenze legislative secondo il nuovo testo dell'art. 117 Cost., che amplia fortemente la potestà legislativa regionale concorrente e residuale, investe in maniera significativa l'amministrazione, privilegiando, anche sulla base del principio di sussidiarietà, la dislocazione delle funzioni amministrative a livello territoriale, comunale, provinciale, ecc. (art. 118 Cost.).

Innovando, come è noto, il precedente assetto, l'amministrazione adesso è dislocata a livello territoriale, a prescindere dalla titolarità

(1) V. CERULLI IRELLI, C. PINELLI, *Verso il federalismo*, Bologna, Il Mulino, 2004.

delle relative competenze legislative. Anche nelle materie di competenza legislativa statale, anche esclusiva (art. 117, comma 2), e a maggior ragione nelle materie di competenza legislativa regionale, concorrente e residuale (art. 117, commi 3 e 4), le funzioni amministrative sono riservate dalla norma costituzionale all'ente del governo territoriale di minori dimensioni e più prossimo ai cittadini, cioè al Comune, salvo che la dimensione degli interessi curati non ne imponga la dislocazione a un livello territoriale più elevato, la Provincia, la Regione, e solo in ultima istanza, lo Stato. Insomma, nel nuovo assetto costituzionale, è piuttosto sul versante dell'amministrazione, più incisivamente che sul versante della legislazione, che si riscontra il carattere decentrato, autonomistico, possiamo dire, del sistema di governo. Sul punto incide anche l'importante norma di cui all'art. 117, comma 6, che riserva agli enti locali la potestà normativa (ovviamente secondaria), relativamente all'organizzazione e allo svolgimento delle funzioni di loro competenza.

La giurisdizione viceversa resta funzione dello Stato, come è pacifico anche sulla base dell'art. 117, comma 2, lett. *d*), e peraltro mai contestato. Sul versante della giurisdizione, perciò, non si verifica quello che si verifica sul versante dell'amministrazione; cioè la scissione tra la disciplina legislativa delle funzioni e la titolarità operativa delle stesse. La giurisdizione è funzione disciplinata esclusivamente dalla legge dello Stato ed attribuita in via esclusiva ad organi dello Stato, sia a competenza territoriale generale e collocati al centro, sia a competenza territorialmente delimitata e collocati in periferia.

La giurisdizione amministrativa, che è uno dei rami della giurisdizione accomunata agli altri dalla identità della funzione giurisdizionale, ma diversificata dagli altri per categorie di controversie e per organi giurisdizionali propri, è anch'essa funzione di competenza esclusiva dello Stato. Sembra non si ponga per la giurisdizione amministrativa diversità di regime costituzionale rispetto alla giurisdizione ordinaria sia quanto alla titolarità della funzione legislativa sia quanto all'appartenenza organizzativa degli organi giurisdizionali: legge dello Stato, organi dello Stato. Tuttavia il citato articolo 117, comma 2, lett. *d*), non menziona espressamente la giurisdizione amministrativa (la quale in ogni caso sarebbe compresa nella dizione "giurisdizione e norme pro-

cessuali”), ma menziona la giustizia amministrativa, che è nozione, come è noto, parzialmente diversa, e comprensiva anche di funzioni non solo giurisdizionali, e perciò sicuramente più coinvolta nell’assetto dell’amministrazione.

In quanto tale, la giustizia amministrativa potrebbe essere intesa, almeno in alcune sue manifestazioni, come funzione attratta per vincolo costituzionale nel processo di decentramento.

2. La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana

2.1. La nostra Costituzione, unica tra le principali Costituzioni europee, contiene molteplici norme sulla giurisdizione (giustizia) amministrativa.

La Costituzione tedesca, all’art. 19, comma 4, stabilisce 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 le 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 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 rientrando 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 gennaio 1987, successivamente confermata).

La nostra Costituzione, all'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, comma 1, individua il Consiglio di Stato come organo "di consulenza giuridico-amministrativa" nonché "di tutela della giustizia nell'amministrazione" (per "tutela della giustizia" si intende sia la tutela di carattere giustiziale, 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, comma 1, l'art. 113, commi 1 e 2, e l'art. 111, ultimo comma, 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, comma 1); tutela che non può essere "esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti" (così l'art. 113, comma 2). 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, comma 1). Mentre l'art. 111, ultimo comma, 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, ultimo comma, 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 (e la giustizia) amministrativa, la Costituzione, come s'è detto, nel testo novellato dalla 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, comma 2, lett. *d*); art. 111, comma 1; art. 125).

2.2. La stessa nozione di “giustizia amministrativa” compare all'art. 125 Cost., che prevede l'istituzione di “organi di giustizia amministrativa di primo grado”, in ogni Regione, cui ha provveduto la legge 1034/971, 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, comma 1), oltre che, “di consulenza giuridico-amministrativa”, da intendere, segnatamente, del governo, di cui l'organo, come la Corte dei conti, è definito “ausiliario”.

Il Consiglio di Stato, secondo la tradizione di origine francese, come massimo organo della giurisdizione amministrativa resta anche organo adibito a funzioni di carattere formalmente e sostanzialmente amministrativo (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 al perseguimento di obiettivi di interesse generale (E. Guicciardi).

"Giustizia amministrativa", dunque, è nozione più ampia di "giurisdizione amministrativa"; e tuttavia, come s'accennava, la comprende, rientrando in essa le altre funzioni proprie del Consiglio di Stato 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).

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 127/1997 (mentre la funzione consultiva esercitata a proposito dei ricorsi al Presidente della Repubblica è piuttosto da ascrivere a quelle di carattere contenzioso). Con l'esercizio di tutte le funzioni, sia quelle giurisdizionali, sia 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, ultimo comma). Allo stesso modo agiscono in posizione di neutralità le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti alle quali la legge 131/2003 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, legge 131/2003).

3. Il cammino verso un assetto federalista della Repubblica

3.1. La Repubblica italiana, come ridisegnata nel suo assetto istituzionale dalla riforma costituzionale del 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, appunto, che ci troviamo in 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 qualche perplessità). In ordine alla competenza legislativa, si rileva a tal fine 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 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, ecc.) e organizzazioni di governo periferico (Stati federati, Regioni, Comunità autonome, ecc.), 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).

3.2. 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, comma 4, che imputa alle Regioni una competenza legislativa generale a carattere residuale su tutte le materie precedentemente non menzionate; mentre in virtù dell'art. 117, comma 3, la competenza legislativa concorrente è estesa a materie anche attinenti ad interessi nazionali, come le infrastrutture, l'energia, ecc.; 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 ai nostri fini ha maggiore importanza, emerge nel nuovo assetto costituzionale della Repubblica italiana la riserva costituzionale di amministrazione, stabilita dall'art. 118, comma 1, in favore degli enti del governo territoriale per quanto concerne la titolarità delle funzioni amministrative; e dall'art. 117, comma 6, 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 la 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 legge delega 42/2009 sul federalismo fiscale, in corso di attuazione, ha acquistato più specifici connotati (fiscalità regionale e locale, costi standard per la prestazione dei servizi, federalismo c.d. demaniale, ecc.).

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

4. Giustizia amministrativa e principio di territorialità

4.1. È 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 disciplinano funzioni ed organi giurisdizionali nell'ambito della Comunità autonoma, ne ha stabilito la parziale incostituzionalità (con sentenza interpretativa di rigetto, ma di accoglimento in ordine alla istituzione del *Consejo de Justicia* catalano) riaffermando l'appartenenza allo Stato centrale della funzione giurisdizionale (salve limitate competenze in ordine alla c.d. *amministrazione dell'amministrazione* della giurisdizione), dato il carattere di Stato regionale e non federale del Regno di Spagna.

In particolare, la Corte spagnola sottolinea il principio che una delle caratteristiche definitorie dello Stato "autonomico" (dello Stato regionale) a differenza dello Stato federale, sta in ciò, che le diversità organizzative e funzionali che caratterizzano detto Stato nelle sue articolazioni territoriali non riguardano in nessun caso la giurisdizione. Mentre le potestà legislative sono differenziate nell'ambito delle comunità decentrate, "la funzione giurisdizionale mediante la quale tali norme acquistano forma e contenuto definitivo è sempre e solo funzione dello Stato". E la Corte aggiunge con una immaginifica espressione: "se lo Stato autonomico si mette in moto (*arranca*) con una unica Costituzione, si perfeziona (*concluye*) con una giurisdizione allo stesso modo unica, limitandosi la diversità degli organi e delle funzioni alle fasi del procedimento normativo che si situa tra le due estremità". "La unità della giurisdizione e del potere giurisdizionale si configura nell'ambito della concretizzazione normativa come l'equivalente dell'unità della volontà costituente a livello dell'astrazione normativa". Sulla base di queste premesse, che caratterizzano, secondo la Corte, in maniera pregnante lo Stato federale rispetto a quello regionale, essa afferma che la disciplina della funzione giurisdizionale e quella degli organi della giurisdizione restano competenza esclusiva dello Stato. Alle Comunità autonome (alle Regioni) possono essere, come in effetti lo sono, attribuiti compiti c.d. di amministrazione dell'am-

ministrazione della giustizia (l'espressione è curiosa ma efficace: si tratta di compiti di organizzazione degli uffici, provvista di personale e di mezzi, e così via). Ma non già compiti di amministrazione della giustizia, da intendere come esercizio della funzione giurisdizionale (e come disciplina della stessa, attribuita alla competenza dello Stato centrale). In un simile assetto costituzionale, le circoscrizioni regionali, come anche da noi, restano semplicemente circoscrizioni territoriali relative alla competenza di organi giurisdizionali decentrati, ma di pertinenza statale.

4.2. 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, comma 2, lett. *d*). 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. Né si è posta da noi, sul piano costituzionale, una problematica simile a quella sollevata dallo Statuto catalano.

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.

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, controversie di diritto pubblico (quelle che insorgono in ordine ai rapporti di diritto pubblico, cioè a fronte dell'esercizio di 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. È 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 degli 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.

4.3. 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 rife-

rimento 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 (v. art. 135 cod. proc. amm.).

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” (sentenza 237/2007, dove viene anche sottolineato il carattere “ultra-regionale” 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” (sentenze 417 e 463/2007; 92/2008).

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 ultra-regionale 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, si potrebbe aggiungere, non solo perché, come dice la Corte costi-

tuzionale, diverse scelte legislative sarebbero del tutto irragionevoli, ma anche perché, in virtù del principio di riserva di amministrazione stabilito segnatamente all'art. 118, comma 1, Cost., il principio territoriale di cui all'art. 125 Cost., assume nuova e più incisiva pregnanza e diventa vincolo per la legislazione statale.

Alla base di questo vincolo costituzionale si può individuare lo stesso principio di sussidiarietà (inteso assai incisivamente nel nostro testo costituzionale) che sta alla base della riserva territoriale di amministrazione di cui all'art. 118. Il cittadino ha diritto ad una amministrazione che sia prossima (il più possibile) all'ambito territoriale della sua sfera di interessi; e allo stesso modo ha diritto a che le relative controversie siano portate alla cognizione del giudice dell'amministrazione, la cui circoscrizione territoriale coincida (o che la comprenda) con la circoscrizione territoriale nella quale l'amministrazione si svolge.

Sul punto, si può ritenere che il nuovo Codice del processo amministrativo, laddove stabilisce (innovando incisivamente la 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'interlocazione reciproca tra la giurisdizione propria del territorio e l'esercizio delle funzioni pubbliche da parte degli enti che il territorio stesso sono chiamati a governare sul versante dell'amministrazione.

5. Le funzioni consultive dei TAR: una prospettiva de iure condendo

5.1. Si pone il problema se agli organi decentrati della giustizia amministrativa, ai TAR, debbano (o possano) essere attribuite anche funzioni giustiziali, collegate anch'esse, anzi più direttamente, all'amministrazione (e perciò, alla riserva territoriale di amministrazione).

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, legge 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.

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 prati-

cabilità 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).

5.2. La presenza contestuale in capo allo stesso organo di giustizia amministrativa di funzioni giurisdizionali e di funzioni consultive, in quanto tali – salvo valutarne le conseguenti e necessarie misure organizzative – non sembra 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 maggio 2003, *Kleyn*; 6 novembre 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 acché 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 si faceva riferimento (utilità dimostrata, peraltro, dalle richieste di consulenza rivolte dalle Regioni al Consiglio di Stato su temi rilevanti: cfr. pareri sez. I, 15 maggio 2002, n. 1144; id., 31 luglio 2002, n. 2040; id., 10 ottobre 2002, n. 765).

La funzione consultiva attribuita ai TAR appare, invero, come un completamento della riserva territoriale di amministrazione agli enti locali.

Essa potrà investire l'attività normativa (secondaria) ed amministrativa di Regioni ed enti locali, mediante pareri facoltativi (come per regola) ovvero obbligatori, secondo diverse previsioni di legge (statali e regionali).

Resta ferma 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 1/2005, e l'art. 80 del nuovo Statuto della Regione Abruzzo del 28 dicembre 2006).

Mentre i TAR restano comunque organi statali di giustizia amministrativa, anche una volta investiti di competenze consultive regionali. Potrà essere prevista, secondo il modulo già seguito in Sicilia e in Trentino-Alto Adige, nonché per le sezioni regionali della Corte dei conti (art. 7, comma 8-*bis*, legge 131/2003), la presenza di alcuni componenti di nomina regionale.

5.3. 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, comma 2, lett. *D*).

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. 20/1956, 237/1983, 212/1984, 37 e 213/1998; v. anche legge 131/2003, 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 (Statuto Sicilia, art. 23; Statuto Trentino-

Alto Adige, art. 90 ss.), e queste norme statutarie sono state effettivamente attuate con decreti legislativi recanti norme di attuazione (d.lgs. 373/2003; d.lgs. 426/1984). 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 altri 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. 206/1975, 237/1983, ecc.), per la riserva di competenza ad esse attribuita (Corte cost. 341/2001) – operano in uno spazio normativo non strettamente circoscritto alla mera attuazione dello Statuto, avendo una funzione anche integrativa o *praeter statutum* (Corte cost. 212/1984), purché sempre intesa all’attuazione del disegno dell’autonomia regionale come configurato dalla normativa costituzionale (Statuto speciale e norme costituzionali). È 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. 212/1984 esclude che in Sardegna si potesse istituire una sezione regionale della Corte dei conti, considerando che l’art. 125 Cost. “non concerne sicur-

mente la Corte dei conti” (ma nella sentenza 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.

5.4. La legge statale può 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, comma 2, lett. *p*), e tenendo conto della riserva di cui all’art. 117, comma 6. 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.

L’attività consultiva, per sua propria natura, si esprime per regola 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. È evidente che tale strumento, se conserva un carattere meramente am-

ministrativo, cioè non incide 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 legge 69/2009, 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. 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 ottobre 2005, n. 695).