

PUBLIC ADMINISTRATION AT THE BOUNDARIES
Studies and Perspectives on an Evolving Public Law

N. 7

sous la direction de/a cura di
Angelo Giuseppe Orofino e Olivier Renaudie

LE JUGE ADMINISTRATIF
ET SES POUVOIRS
IL GIUDICE AMMINISTRATIVO
E I SUOI POTERI



PUBLIC ADMINISTRATION AT THE BOUNDARIES
Studies and Perspectives on an Evolving Public Law

————— 1 —————

SCIENTIFIC DIRECTION

Marcos Almeida Cerredá, Antonio Barone, Antonio Cassatella, Emilie Chevalier,
Pedro Costa Gonçalves, Elise Degrave, Manuel Fernández Salmerón,
Cristina Fraenkel-Haeberle, Emiliano Frediani, Giovanni Gallone,
Anna Maria La Chimia, Rubén Martínez Gutiérrez,
Eva María Menéndez Sebastián, Viviana Molaschi, Angelo Giuseppe Orofino,
Olivier Renaudie, Joe Tomlinson, Julián Valero Torrijos

SCIENTIFIC COORDINATION

Angelo Giuseppe Orofino

SCIENTIFIC COMMITTEE

Jean-Bernard Auby, Concepción Barrero Rodríguez, Paul Craig, Patrizia De Pasquale,
Marina D'Orsogna, José Esteve Pardo, Loredana Giani, Alejandro Huergo Lora,
Pierdomenico Logroscino, António Cândido Macedo de Oliveira,
Elisenda Malaret García, Aristide Police, Mauro Renna, Maria Alessandra Sandulli,
Stephanie Schiedermaier, Francisco Velasco Caballero,
Piera Maria Vipiana, Alberto Zito

EDITORIAL BOARD

Fabiola Cimbali, Andrea Circolo, Angela Correra, Carla Cozzi,
Raffaella Dagostino, Luna Felici, Laura Maccarrone, Marco Mongelli

*The volumes published in this series
have been subject to a double blind review procedure*

PUBLIC ADMINISTRATION AT THE BOUNDARIES
Studies and Perspectives on an Evolving Public Law

N. 7

sous la direction de/a cura di
Angelo Giuseppe Orofino e Olivier Renaudie

LE JUGE ADMINISTRATIF
ET SES POUVOIRS
IL GIUDICE AMMINISTRATIVO
E I SUOI POTERI

Il presente libro è pubblicato con i fondi del progetto « Justice administrative, démocratie et citoyenneté », finanziato dalla Università Italo-Francese e congiuntamente condotto, sotto la direzione scientifica dei professori Orofino e Renaudie, dalla École de Droit e dalla École Doctorale de Droit de la Sorbonne, insieme al Dipartimento di Scienze Giuridiche e dell'Impresa ed al Dottorato in Teoria generale del processo della LUM Giuseppe Degennaro.

Copyright 2024 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via Bisceglie n. 66, 20152 Milano

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633. Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale - cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale - e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org

Questo titolo può essere acquistato direttamente su shop.wki.it

You can buy this book directly on shop.wki.it

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

Stampato da GECA s.r.l.
Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)

Alla memoria di Ignazio Maria Marino

SOMMAIRE – INDICE

1.	<i>Introduction</i> , Olivier Renaudie	1
2.	<i>Le juge administratif face aux pouvoirs discrétionnaires de l'administration</i> , Julien Martin	19
3.	<i>Il sindacato del giudice amministrativo italiano sui provvedimenti discrezionali</i> , Francesco Follieri	31
4.	<i>Les pouvoirs d'urgence du juge administratif français</i> , Pascal Caille	55
5.	<i>Verso una riscrittura del giudizio cautelare amministrativo</i> , Vera Fanti	71
6.	<i>Le juge administratif français face à l'inertie de l'administration</i> , Florian Poulet	85
7.	<i>Il giudice amministrativo a cospetto dell'inerzia dell'amministrazione. Osservazioni minime</i> , Michele Trimarchi	103
8.	<i>The temporal limitation of annulment decisions in the French Conseil d'État's case law</i> , Olga Mamoudy	113
9.	<i>La modulazione degli effetti delle sentenze amministrative ed i limiti delle creatività giudiziale</i> , Antonio Cassatella	119
10.	<i>Riflessioni conclusive</i> , Angelo Giuseppe Orofino	141

INTRODUCTION

Olivier Renaudie

Professeur de droit public à l'École de droit de la Sorbonne

Le présent dossier spécial sur le juge administratif et ses pouvoirs trouve son origine dans un projet de recherche sur la justice administrative déposé par le professeur Angelo Giuseppe Orofino et moi-même à l'Université franco-italienne. Intitulé « Justice administrative, démocratie et citoyenneté », ce projet a pour objet de s'intéresser aux réformes et aux transformations contemporaines de la justice administrative¹. Comment ? D'une part, en replaçant la justice administrative dans son contexte social : autrement dit, il ne s'agit pas de se limiter à la dimension technique du contentieux administratif, mais de prendre en considération sa dimension politique. D'autre part, en croisant les regards et en confrontant ces réformes et transformations de la justice administrative en Italie en France. Pourquoi ce choix ? Deux raisons principales ont guidé ce choix. D'un côté, il est apparu que la France et l'Italie avaient ce point commun : ces dernières années, les juridictions administratives ont connu de profondes évolutions. De l'autre, il ne relevait pas de l'évidence que ces réformes étaient identiques, à savoir motivées par les mêmes raisons, juridiques, politiques et sociales. Il présentait donc un intérêt de confronter les points de vue, français et italien et de s'inscrire dans une

¹ <https://www.universite-franco-italienne.org/le-juge-administratif-et-ses-pouvoirs-il-giudice-amministrativo-e-i-suoi-poteri-1192770.kjsp>

démarche de droit comparé². C'est à cet exercice que se livre les contributions réunies dans le présent dossier et nous tenons à remercier très vivement nos collègues français et italiens pour leurs contributions au présent numéro. Avant d'entrer dans le vif du sujet, il n'est pas inutile de formuler quelques observations liminaires sur le modèle juridique français et la manière dont le juge administratif s'inscrit dans celui-ci.

La première série d'observations porte sur le modèle juridique français³, lequel se caractérise par un triple dualisme. D'abord, le dualisme juridique : le droit français est composé de deux corps distincts de règles, d'un côté, le droit privé et de l'autre, le droit public : le premier s'applique aux rapports entre les particuliers et le second, aux litiges relatifs à l'exercice d'une activité de service public. Ensuite, le dualisme juridictionnel⁴ : l'organisation juridictionnelle française est marquée par l'existence de deux ordres juridictionnels, d'un côté, l'ordre judiciaire et, de l'autre, l'ordre administratif. Au sommet de chacun de ces deux ordres se trouve une juridiction suprême : la Cour de cassation pour l'ordre judiciaire ; le Conseil d'Etat pour l'ordre administratif. Si l'on prend les Etats membres de l'Union européenne, une quinzaine d'entre eux connaît d'un dualisme de ce type. Enfin, le dualisme statutaire du Conseil d'Etat⁵ : le Conseil d'Etat présente la singularité d'exercer deux missions : d'un côté, il est la juridiction suprême de l'ordre administratif ; de l'autre, il est le conseiller juridique du Gouvernement : à ce titre, il donne un avis juridique au

² Sur l'intérêt de la démarche comparatiste, voir notamment M. Delmas-Marty (dir.), *Critique de l'intégration normative. L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, Paris, PUF, 2004.

³ Sur le modèle juridique français, voir S. Soleil, *Le modèle juridique français dans le monde*, Paris, éd. de l'IRJS, 2014.

⁴ Sur le dualisme juridictionnel, voir A. Van Lang (dir.), *Le dualisme juridictionnel. Limites et mérites*, Paris, Dalloz, 2007.

⁵ Sur le Conseil d'Etat, voir D. Truchet et Y. Robineau, *Le Conseil d'Etat*, 2^e éd., Paris, PUF, 2002.

Pouvoir exécutif sur un certain nombre de projets de texte, particulièrement les projets de loi.

La deuxième série d'observations concerne l'histoire de la juridiction administrative en France. De quand date l'apparition de la juridiction administrative ? Cette dernière est moins ancienne que la juridiction judiciaire. La création de la juridiction administrative date de la loi du 24 mai 1872⁶, qui est également celle qui crée le Tribunal des conflits. Ce texte marque le passage de la justice retenue à la justice déléguée. Comme le précise l'art. 9 de ce texte, « le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs formées contre les actes des diverses autorités administratives ». La juridiction administrative est ainsi née dans des conditions particulières : on n'a pas créé une juridiction *ex nibilo* ; on a attribué au Conseil d'Etat, qui existait depuis la Constitution de l'an VIII (1799)⁷ une nouvelle mission : celle consistant à juger au nom du peuple français les recours en matière administrative.

La troisième série d'observations est relative au statut de la juridiction administrative dans le système juridique français⁸. Le terme « statut » est usuel en droit : il désigne l'ensemble des règles relatives à une institution, une entreprise ou un métier, généralement regroupées dans un document unique. Le statut de la juridiction administrative figure pour l'essentiel dans un Code, celui de justice administrative. Créé par l'ordonnance du 4 mai 2000, il regroupe les dispositions législatives et réglementaires applicables au Conseil d'Etat, aux cours administratives d'appel, aux tribunaux administratifs et au Tribunal des conflits. Au-delà de ce statut législatif et réglementaire, la question susceptible de se poser est de savoir si la juridiction administrative possède un statut constitutionnel. On peut répondre à cette question

⁶ Loi portant réorganisation du Conseil d'Etat.

⁷ Constitution du 5 Fructidor an VIII.

⁸ Sur le statut de la juridiction administrative, voir B. Plessix, *Droit administratif général*, 4^e éd., Paris, LexisNexis, 2022, 472 et s.

en deux temps. Dans un premier temps, on peut relever qu'à la différence du juge judiciaire, aucune disposition sur le juge administratif ne figure dans la Constitution⁹. A chaque fois que le Conseil d'Etat y est mentionné, c'est en tant que conseiller juridique du Pouvoir exécutif. Dans un second temps, il faut souligner qu'à défaut de mention expresse dans la Constitution, le statut de la juridiction administrative peut être considéré comme constitutionnel, dans la mesure où le Conseil constitutionnel a rendu deux décisions la concernant. D'un côté, la décision du 22 juillet 1980, *Validation d'actes administratifs*¹⁰, dans laquelle il affirme que l'indépendance de la juridiction administrative est un principe fondamental reconnu par les lois de la République. De l'autre, la décision du 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*¹¹, selon laquelle constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République la compétence de la juridiction administrative pour « annuler ou réformer les décisions prises dans l'exercice de puissance publique ». Ces deux décisions ont contribué à forger un statut constitutionnel à la juridiction administrative et, ainsi, à ancrer celle-ci solidement dans le modèle juridique français.

Ces observations ayant été formulées, venons-en au sujet qui nous intéresse, à savoir les transformations contemporaines de la justice administrative. Envisagées aussi bien sur le plan théorique, que pratique, ces transformations sont de deux types : elles peuvent concerner l'accès au juge et les pouvoirs de celui-ci¹².

S'agissant de l'accès au juge administratif, il ne s'agit pas d'un droit comme les autres. S'il en est ainsi, c'est « (...) en raison des liens étroits, qu'il entretient avec l'accès au(x) droit(s). Il revêt une fonction particulière en ce sens qu'il permet la réalisation et la garantie des

⁹ Constitution du 4 octobre 1958.

¹⁰ Décision n° 80-119, in *RDP* 1980, 356, note Louis Favoreu.

¹¹ Décision n° 86-224 DC, in *AJDA* 1987, 345, note Jacques Chevallier.

¹² Sur ces transformations, voir J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, 6^e éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2023, 124 et s.

droits »¹³. Pour le dire autrement, il permet d'assurer l'effectivité d'autres droits. On s'explique dès lors la reconnaissance dont celui-ci fait l'objet. D'un côté, l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme affirme que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) par un tribunal impartial et indépendant ». De l'autre, le Conseil constitutionnel considère qu'il découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'« il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction »¹⁴. Aussi éminente soit sa place dans la hiérarchie des normes, l'accès au juge administratif fait l'objet d'évolutions substantielles.

D'un côté, l'intérêt à agir comme condition d'accès au juge est aujourd'hui au cœur de l'actualité juridico-politique. On peut s'en convaincre en évoquant le contexte de celle-ci, puis sa substance.

Le contexte contemporain dans lequel se déploie l'intérêt à agir est marqué par un certain nombre de changements par rapport au « moment 1900 »¹⁵. D'abord, le juge administratif doit faire face à une augmentation du nombre de recours¹⁶ et, plus particulièrement, à des contentieux dits « de masse »¹⁷, pour lesquels il peut être tenté de restreindre l'accès au prétoire. Ensuite, les considérations liées à la

¹³ V. Donier et B. Lapérou-Schneider (dir.), *Accès au juge : quelles évolutions ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 4.

¹⁴ Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, consid. n° 39.

¹⁵ Sur ces changements, voir F. Melleray, *A propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif. Le 'moment 1900' et ses suites*, in *AJDA* 2014, 1530-1537 et J. Michalis, *L'intérêt à agir dans le contentieux de l'annulation des actes administratifs*, Paris, Mare et Martin, 2022.

¹⁶ Sur cette augmentation, voir Conseil d'Etat, *Rapport annuel 2022. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, Paris, La Documentation française, 2023.

¹⁷ Sur ces contentieux, voir G. Calvès, *Mieux connaître les contentieux de masse*, in *RFDA* 2011, 477-503.

sécurité juridique¹⁸ sont devenues aujourd'hui au moins aussi importantes que celles relatives à la légalité administrative. Enfin, l'exigence de qualité de la justice administrative¹⁹ oblige notamment à régler le plus rapidement possible les litiges. Il convient, à propos de ces différents éléments de contexte, de formuler deux observations. La première est que ceux-ci ne sont pas propres à la juridiction administrative. Les autres juridictions, internes, européennes et internationales, sont également confrontées à des changements du même type et s'interrogent sur les modalités de régulation de l'accès au prétoire²⁰. La seconde est que la principale conséquence de ces changements pour la justice administrative a été l'introduction d'une logique de rendement et de performance²¹. C'est ainsi que des indicateurs et des tableaux de bord, relatifs notamment aux délais de jugement et à l'ancienneté des stocks d'affaires pendantes, ont été mis en place dans les différentes juridictions administratives. C'est dans ce contexte de « gouvernance par les nombres »²² qu'on a pu s'interroger récemment sur les « leviers d'efficacité et de qualité, encore

¹⁸ Sur la sécurité juridique, voir notamment P. Rimbault, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2009.

¹⁹ Sur la qualité de la justice, voir L. Berthier, *La qualité de la justice*, Thèse, Université de Limoges, 2011. Voir également H. Pauliat et J.-P. Jean (dir.), *Mieux administrer pour mieux juger. Essai sur l'essor et les enjeux contemporains de l'administration de la justice*, Paris, Iris éd., 2015.

²⁰ Voir en ce sens V. Donier et B. Lapérou-Schneider (dir.), *La régulation par le juge de l'accès au prétoire*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013.

²¹ Sur l'introduction de cette logique au sein de la justice administrative, voir J. Caillosse, *Justice administrative*, in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, 724 et, du même auteur, *L'Etat du droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 2015, 86-87. Voir également, de manière plus générale, N. Albert (dir.), *Performance et droit administratif*, Paris, LexisNexis, coll. « Colloques et débats », 2010.

²² A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, 2015.

insuffisamment exploités (...) »²³ par le juge administratif. Or, parmi ces leviers, figure l'intérêt à agir²⁴.

Dans ce contexte, les changements relatifs à l'intérêt à agir utilisent aussi bien le vecteur de la jurisprudence, que celui des textes. Pour ce qui concerne la jurisprudence, elle est abondante à propos de l'intérêt à agir. On se contentera d'en citer quelques illustrations. La première est la décision d'assemblée *Département du Tarn-et-Garonne*²⁵, qui a conduit à une évolution substantielle relative à l'intérêt à agir en matière contractuelle : par cette décision, le Conseil d'Etat a ouvert à tous les tiers justifiant d'un intérêt lésé par un contrat administratif la possibilité de contester sa validité devant le juge du contrat ; ceux-ci ne pourront cependant se plaindre que des illégalités particulièrement graves ou en rapport direct avec l'intérêt lésé. La deuxième illustration est la décision *Association des consommateurs de la Fontaulière*²⁶, par le biais de laquelle le Conseil d'Etat a modifié sa manière d'appréhender l'intérêt à agir des associations : désormais, pour apprécier si une association justifie d'un tel intérêt, il appartient au juge, en l'absence de précisions sur le champ d'application de l'association dans les stipulations de ses statuts définissant son objet, de mesurer son intérêt à agir contre l'acte contesté en prenant en compte les indications fournies sur ce point par les autres stipulations des statuts, notamment le titre de l'association et les conditions d'adhésion, éclairées le cas échéant par d'autres pièces du dossier. La troisième illustration est la décision *Syndicat de valorisation des déchets de la Guadeloupe*²⁷, relative à l'intérêt à agir en matière de référé

²³ J.-M. Sauvé, *Discours à l'occasion de la réunion annuelle des présidents des juridictions administratives*, 31 mars 2015 (http://www.conseil-etat.fr/content/download/41499/359127/version/2/file/2015-03-31-discourschancellerie-chefsdejurisdiction_180515.pdf).

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ CE Ass. 4 avril 2014, in *RFDA*, 2014, 245, concl. Bertrand Dacosta et note Pierre Delvolvé.

²⁶ CE, 17 mars 2014, req. n° 354596.

²⁷ Req. n° 386748, in *AJDA* 2015, 903.

précontractuel : comme l'a jugé le Conseil d'Etat, toute personne est recevable à agir sur le fondement de l'article L 551-1 du Code de justice administrative, lorsqu'elle a vocation, compte-tenu de son domaine d'activité, à exécuter le contrat, y compris lorsqu'elle n'a pas présenté de candidature ou d'offre si elle en a été dissuadée par les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle invoque.

Pour ce qui concerne les textes, à l'exception du cas particulier du déferé préfectoral, il était rare que le législateur s'intéresse à la question de l'intérêt à agir. Les choses semblent aujourd'hui avoir changé. On peut également en donner deux illustrations. La première illustration est l'ordonnance du 18 juillet 2013²⁸, qui a redéfini l'intérêt à agir en matière d'urbanisme²⁹ : d'une part, celle-ci a restreint cet intérêt en affirmant que les personnes privées sont « recevables à former un recours pour excès de pouvoir contre un permis de construire, de démolir ou d'aménager que si la construction, l'aménagement ou les travaux sont de nature à affecter directement les conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance du bien qu'elle détient ou occupe régulièrement ou pour lequel elle bénéficie d'une promesse de vente, de bail, ou d'un contrat préliminaire (...) »³⁰ ; d'autre part, elle a modifié la date de l'appréciation de l'intérêt à agir, qui est aujourd'hui celle de l'affichage de la demande du pétitionnaire et non plus celle du dépôt de la demande. La seconde illustration est la mise en place par le législateur des « actions de groupe »³¹. La loi du

²⁸ Ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme. Sur ce texte, voir J. Trémeau, *La régulation de l'accès au prétoire : l'intérêt à agir*, in *AJDA* 2013, 1901 et s.

²⁹ Sur ce point, voir la contribution de Jean-Marc Favret, qui figure dans le présent ouvrage.

³⁰ Pour une interprétation de cette disposition figurant à l'article L 600-1-2 du Code de l'urbanisme, voir CE, 10 juin 2015, *Société Eleclink Limited*, n° 386121, in *AJDA* 22 juin 2015, 1183.

³¹ Sur les actions de groupe, voir B. Pouchoux, *L'action collective des groupes privés en droit public français*, Thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2020.

17 mars 2014 relative à la consommation³² a introduit l'action de groupe dans les domaines de la consommation et de la concurrence. De son côté, la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé a mis en place une action de groupe en matière sanitaire à propos des actions collectives susceptibles d'être engagées aussi bien devant le juge judiciaire, que le juge administratif.

De l'autre côté, on n'hésite plus à supprimer un degré de juridiction pour accélérer le temps de la justice administrative. Tel est le cas, par exemple, dans le domaine de l'urbanisme, qui a été réformé par le biais de textes, de différentes natures : d'abord, l'ordonnance du 18 juillet 2013 et le décret du 1^{er} octobre 2013³³, relatifs au contentieux de l'urbanisme ; ensuite, le décret du 17 juillet 2018³⁴ portant modification du code de justice administrative et du code de l'urbanisme ; enfin, la loi ELAN du 23 novembre 2018³⁵, qui contient plusieurs dispositions relative à l'urbanisme et son contentieux. L'idée de supprimer un degré de juridiction trouve son origine dans un rapport commandé à Daniel Labetoulle, ancien président de la Section du contentieux du Conseil d'Etat. Intitulé « Construction et droit au recours : pour un meilleur équilibre »³⁶, ce rapport rédigé en 2013 suggère un certain nombre de réformes procédurales ayant pour objet d'accélérer le règlement des litiges dans le domaine de l'urbanisme et de prévenir les contestations dilatoires. Parmi ces propositions de réforme, figure celle consistant à supprimer un degré de juridiction

³² Loi n° 2014-344.

³³ Ordonnance n° 2013-638 relative au contentieux de l'urbanisme et décret n° 2013-879 relatif au contentieux de l'urbanisme.

³⁴ Décret n° 2018-617 portant modification du code de justice administrative et du code de l'urbanisme (parties réglementaires). Voir R. Noguellou, *Le contentieux de l'urbanisme*, in *AJDA* 2020, 230 et s.

³⁵ Loi n° 2018-1021 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique. Voir R. Noguellou, *La loi ELAN : aspects de droit de l'urbanisme*, in *RDI*, 2019, 1.

³⁶ *Construction et droit au recours : pour un meilleur équilibre*, rapport remis au ministre du Logement le 25 avril 2013.

dans le contentieux des autorisations individuelles de construire. Pour prendre la mesure de cette proposition, il convient d'insister sur certaines caractéristiques du contentieux de l'urbanisme. Deux caractéristiques du contentieux de l'urbanisme méritent d'être soulignées. La première caractéristique est relative à son objet. Pour l'essentiel, ce contentieux a pour objet de contraindre les personnes publiques compétentes, principalement l'Etat et les communes, à respecter les règles de forme, de procédure et de fond, qui régissent l'occupation et l'utilisation des sols³⁷. La seconde caractéristique porte sur les enjeux économiques de ce contentieux. Les recours exercés devant le juge administratif sont susceptibles de ralentir, voire de compromettre, la réalisation de projets urbanistiques. Il faut en effet rappeler que le contentieux de l'urbanisme a ceci de singulier que, le plus souvent, le requérant a intérêt à ce que la procédure dure le plus longtemps possible, afin de décourager le titulaire de l'autorisation de construire de réaliser son projet. En conséquence, l'activité économique peut s'en trouver ralentie et la construction de logements, freinée³⁸. On s'explique dès lors la recherche contemporaine d'un équilibre entre, d'un côté, le développement de la construction de logements et, de l'autre, le droit au recours.

C'est dans cette perspective de réalisation rapide des projets immobiliers et compte tenu de l'activité économique qu'ils génèrent et

³⁷ Voir H. Jacquot, F. Priet et S. Marie, *Droit de l'urbanisme*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2022, 1063. Voir également F. Nicoud, *Du contentieux administratif de l'urbanisme. Étude visant à préciser la fonction du contentieux de l'urbanisme dans l'évolution du droit du contentieux administratif général*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006.

³⁸ « Les recours retardent, voire rendent impossibles les opérations ; ces recours ont un impact sur le coût des constructions. L'origine de ces difficultés tient en grande partie au mode de réalisation des opérations, par le biais de la vente en l'état futur d'achèvement – le recours à un financement bancaire et la commercialisation de logements avant leur réalisation s'accommodent mal d'un risque contentieux (...) » (C. Maugüé, *Propositions pour un contentieux des autorisations d'urbanisme plus rapide et plus efficace*, rapport au ministre de la Cohésion des territoires, 11 janvier 2018, 3.

de la nature du besoin social auquel ils répondent »³⁹, que le rapport Labetoulle a suggéré la suppression d'un degré de juridiction en matière d'urbanisme. Celui-ci a ainsi proposé de donner aux cours administratives d'appel une compétence en premier et dernier ressort pour certains projets de construction de logements. Si le Gouvernement a repris à son compte l'idée de supprimer un degré de juridiction en matière de contentieux de l'urbanisme, il n'a pas retenu exactement la solution proposée par le rapport Labetoulle. Une autre option a été choisie : celle de la suppression de la voie de l'appel. Le décret du 1^{er} octobre 2013 a inséré au sein du code de justice administrative un article R 811-1-1, ainsi rédigé : « les tribunaux administratifs statuent en premier et dernier ressort sur les recours contre les permis de construire ou de démolir un bâtiment à usage principal d'habitation ou contre les permis d'aménager un lotissement lorsque le bâtiment ou le lotissement est implanté en tout ou partie sur le territoire d'une des communes mentionnées à l'article 232 du code général des impôts et son décret d'application (...) ».

On ne peut donc que constater qu'en matière d'accès au juge administratif, les réformes sont nombreuses et affectent des conditions essentielles du procès administratif.

S'agissant des pouvoirs du juge administratif, la doctrine française utilise le terme d'« office »⁴⁰, lequel renvoie aux prérogatives du juge, mais également à ses devoirs. De manière générale, la notion d'office du juge renvoie au rôle du juge, qui est de rendre la justice et de trancher les litiges en appliquant les règles de droit. Plus précisément, cette notion recouvre deux dimensions⁴¹. La première dimension concerne le rôle du juge dans l'ordre juridique. S'interroger sur l'office du juge revient ainsi à déterminer la place du juge dans la répartition

³⁹ Daniel Labetoulle, *rapport préc.*, 24.

⁴⁰ Sur l'office du juge, voir D. Connil, *L'office du juge et le temps*, Paris, Dalloz, 2012 et J.-F. Lafaix (dir.), *Le renouvellement de l'office du juge administratif*, Boulogne-Billancourt, Berger-Levrault, 2017.

⁴¹ Voir J.-F. Lafaix, *op. cit.*, 13-15.

du pouvoir normatif. Mieux encore, il s'agit de se demander quel est le rôle du juge dans l'application de la règle de droit en vue de trancher les litiges et, principalement, de s'interroger sur le point de savoir s'il peut lui-même créer des règles nouvelles à cette occasion. Trivialement, cela renvoie au « gouvernement des juges »⁴². Cette première dimension porte donc sur le rôle politique : en effet, en créant des normes, il devient nécessairement arbitre entre les différents intérêts sociaux concernés. Sur ce point, on peut dire que les discussions sont anciennes et sans cesse renouvelées ! La seconde dimension est plus technique : elle concerne le rôle du juge dans le procès. De ce second point de vue, l'office du juge se définit comme « la fonction du juge, envisagée à la fois sous l'angle des pouvoirs qu'elle confère et des devoirs qu'elle impose »⁴³. Ce qui est ici en jeu, c'est pour l'essentiel l'influence du juge sur les trois éléments suivants⁴⁴ : d'abord, la définition du litige ; ensuite, le déroulement de l'instance ; enfin, le type de solution à apporter au litige. A propos de chacun de ces trois éléments, le rôle du juge peut être plus ou moins étendu : selon qu'il peut se détacher de la demande dont il est saisi et des moyens invoqués par les parties ; selon qu'il peut contraindre les parties à produire des éléments, mais également à pallier leurs faiblesses ou oublis ; selon le type de décision qu'il peut prendre pour satisfaire une demande.

Appliquée au juge administratif, cette définition montre que celui-ci est dans une position un peu particulière, dans la mesure où sa mission consiste pour l'essentiel à arbitrer entre des intérêts n'étant pas perçus comme relevant du même ordre. Pour dire les choses simplement, celui-ci est le garant de l'équilibre entre les droits des

⁴² Voir S. Rials, *L'office du juge*, in *Droits*, 1989, n° 9, 4.

⁴³ D. Chauvaux, *L'office du juge administratif : constantes et évolutions*, in *Justice et Cassation*, 2010, 463.

⁴⁴ Voir J.-F. Lafaix, *op. cit.*, 14.

citoyens et les prérogatives de puissance publique⁴⁵. C'est en ce sens qu'il oriente son office. On peut en prendre deux illustrations.

La première illustration porte sur l'adaptation des pouvoirs et devoirs du juge des référés aux besoins de la demande formulée. Dans ses deux décisions *Lambert*⁴⁶, le Conseil d'Etat a pris soin de définir quelles étaient les pouvoirs et devoirs du juge des référés lorsqu'il doit connaître d'une décision dont l'exécution porterait de manière irréversible une atteinte à la vie. C'est ce que les auteurs des *Grands Arrêts* appellent « l'office particulier du juge du référé-liberté confronté à une atteinte irrémédiable à la vie »⁴⁷. Au fond, on est ici dans une logique de « sur-mesure contentieux », qui a tendance à se développer ces dernières années. Tel est le cas également en droit des étrangers ou en droit de l'urbanisme.

La seconde illustration concerne l'extension du contrôle du juge administratif aux actes relevant du droit souple. Comme a pu le préciser le Conseil d'Etat⁴⁸, celui-ci regroupe l'ensemble des instruments réunissant les trois conditions cumulatives suivantes : ils ont pour objet de modifier et d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant leur adhésion ; ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ; ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation qui les apparentent à des règles de droit⁴⁹. Particulièrement nombreux dans le domaine de l'action publique, ces actes renvoient notamment aux notes de service, projets, chartes ou encore recommandations de bonnes pratiques. Sur le plan contentieux, les choses ont été longtemps relativement simples. D'un côté, les actes relevant du droit classique étaient considérés

⁴⁵ Voir P. Caille, *Contentieux administratif*, in *EJFA*, 2016, 14 et M. Guyomar et B. Seiller, *Contentieux administratif*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2021, 13.

⁴⁶ CE Ass., 14 février 2014 et 24 juin 2014, in *RFDA* 2014, 255, concl. Keller.

⁴⁷ M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 24^e éd., Paris, Dalloz, 2023, 910.

⁴⁸ *Le droit souple*, Etude annuelle, La Documentation française, 2013.

⁴⁹ *Le droit souple*, *op. cit.*, 61-62.

comme justiciables au regard de leur caractère obligatoire et de leur capacité à modifier l'ordonnancement juridique. De l'autre côté, les actes relevant du droit souple apparaissent injusticiables car dépourvus de force obligatoire et insusceptible de modifier l'ordonnancement juridique. Justifiée d'un point de vue théorique, cette situation n'en était pas moins paradoxale en raison de l'importance prise par le droit souple dans certains secteurs d'activité⁵⁰. Plus encore, on pouvait considérer comme injuste l'impossibilité de contester devant un juge ces instruments de droit souple, alors même qu'en pratique, en dépit de leur absence de caractère obligatoire, ceux-ci se révèlent déterminants dans la direction des conduites des acteurs concernés. C'est pourquoi le Conseil d'Etat a fait évoluer sa jurisprudence en la matière en deux étapes.

La première étape est la décision du Conseil d'Etat *Association pour une formation médicale indépendante (FORMINDEP)*⁵¹, relative à la contestation d'une recommandation de bonnes pratiques de la Haute autorité de santé. Jusqu'à cette décision, le Conseil d'Etat avait toujours refusé d'admettre un recours contre ce type d'acte, estimant que les recommandations de bonnes pratiques de la Haute autorité de santé étaient dénuées de caractère contraignant pour leurs destinataires⁵². Dans la décision *FORMINDEP*, la haute juridiction va opérer un revirement de jurisprudence au terme d'un raisonnement en trois temps. Dans un premier temps, le Conseil d'Etat rappelle qu'en vertu de l'article R 4127-32 du Code de la santé publique, les médecins doivent s'engager « à assurer personnellement

⁵⁰ Sur les secteurs d'activité particulièrement concernés par l'essor du droit souple, voir Conseil d'Etat, *Le droit souple*, *op. cit.*, 23 et s.

⁵¹ CE, 27 avril 2011, *FORMINDEP*, *AJDA* 2011, 1326, concl. Landais. Sur cette décision, et plus généralement sur le statut des recommandations de bonnes pratiques de la haute autorité de santé, voir F. Savonitto, *Les recommandations de bonnes pratiques de la Haute autorité de santé*, in *RFDA* 2012, 471-480.

⁵² Voir en ce sens CE, 12 octobre 2009, *Société Glaxosmithkline Biologicals*, 12 octobre 2009, n° 322784.

au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises par la science ». Si un médecin ne tient pas compte de ces données, il est passible de sanctions disciplinaires. Dans un deuxième temps, le juge constate que les données acquises par la science résultent principalement des recommandations de bonnes pratiques de la Haute autorité de santé. Dans un troisième temps, le juge fait valoir l'autorité de ces recommandations dans l'action des médecins : comme le souligne la rapporteure publique Claire Landais, « les recommandations de la Haute autorité de santé s'imposent effectivement aux professionnels de santé qui, à tout le moins, courent un risque important à s'en écarter (...) »⁵³. A ce titre, le Conseil d'Etat considère ces actes comme justiciables et accepte d'examiner un recours formulé à leur encontre. Cette décision est essentielle pour de multiples raisons. D'abord, elle atteste de l'importance prise par le droit souple dans le domaine sanitaire. Cette importance n'est pas seulement quantitative. Elle est également qualitative : le Conseil d'Etat reconnaît que le droit souple, en l'espèce les recommandations de bonnes pratiques de la Haute autorité de santé, participent à l'encadrement de l'action des professionnels de santé⁵⁴. Ensuite, en affirmant que ces recommandations de bonnes pratiques ne se contentent pas d'orienter ou de suggérer mais imposent des sujétions, cette décision contribue à les rapprocher du droit classique : le droit souple devient dur... Enfin, en estimant que ces recommandations produisent des effets juridiques, elle en déduit qu'elles sont justiciables, donc que le juge, en l'espèce le juge administratif, est compétent pour les contrôler.

La seconde étape est la décision *GISTI*⁵⁵ du Conseil d'Etat. Par cette décision, la Haute juridiction a estimé que les « documents de portée générale » sont susceptibles de faire l'objet d'un recours en

⁵³ Concl. *préc.*, 1328.

⁵⁴ Voir F. Savonitto, *art. préc.*, 473.

⁵⁵ CE Sect., 12 juin 2020, in *RFDA* 2020, 785, concl. Odinet et 801, note Melleray.

annulation. Plus précisément, il a été estimé que « les documents de portée général émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déferés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en oeuvre. Ont notamment de tels effets ceux de ces documents qui ont un caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices »⁵⁶.

Aussi remarquable soit-elle, l'ouverture du prétoire du juge aux recours contre les actes de droit souple n'en suscite pas moins de multiples interrogations. Parmi celles-ci, la question de l'intensité du contrôle juridictionnel tient une place de choix, ne serait-ce qu'en raison de la relation délicate entre l'expertise scientifique et le juge⁵⁷. Comme l'a montré Christophe Testard, ce contrôle varie selon le pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité ayant édicté l'acte de droit souple concerné⁵⁸. En la matière, le juge administratif utilise le plus fréquemment le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, qui se caractérise par la seule censure des erreurs grossières. L'idée est la suivante : le juge ne souhaite pas se substituer aux experts. Dès lors, il fait le choix d'un contrôle distancié : si l'on schématise, il s'agit pour l'essentiel, sur la forme, d'examiner si la procédure d'édition de l'acte n'a pas été viciée et, sur le fond, de vérifier que ce dernier « (...) ne dise pas n'importe quoi »⁵⁹.

Comme en témoignent ces illustrations, les pouvoirs du juge administratif sont également en proie au changement. Si l'on tente de

⁵⁶ *Décision préc.*

⁵⁷ M. Ciotteau, B.-L. Combrade et T. Perroud (dir.), *L'action publique, l'expertise et le juge*, in *RFAP* 2020, n° 173.

⁵⁸ *Le droit souple, une petite source canalisée*, *AJDA* 2019, 934C.

⁵⁹ S. Von Coester, concl. sur CE Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH et autres*, n° 368082, in *RFDA*, 2016, 502.

systematiser ces évolutions, afin de mieux les identifier et les analyser, on peut émettre trois séries d'hypothèses. D'abord, le juge administratif a adapté l'intensité de son contrôle aux caractéristiques des décisions administratives. Ensuite, celui-ci a développé des outils pour contraindre l'administration à agir et à prendre certaines décisions. Enfin, le juge a modulé dans le temps les effets de ses jugements, afin de prendre en considération certaines situations. Ce sont ces trois hypothèses que l'on se propose de vérifier en droit français et en droit italien au travers les différentes contributions thématiques figurant dans le présent dossier. Bonne lecture !...

LE JUGE ADMINISTRATIF FACE AUX POUVOIRS DISCRÉTIONNAIRES DE L'ADMINISTRATION

Julien Martin

Professeur de droit public à l'Université de Bordeaux

SOMMAIRE : 1. Introduction. – 2. L'existence du pouvoir discrétionnaire. – 3. La limitation du pouvoir discrétionnaire. – 4. Le contrôle du pouvoir discrétionnaire

1. Introduction

Dans sa préface à la thèse de Jean-Claude Vénézia parue en 1959, Jean Rivero soulignait déjà que : « *La question du pouvoir discrétionnaire est une de ces routes à grande circulation doctrinale* »¹. En effet, si son étude a beaucoup intéressé la doctrine dans la première moitié du vingtième siècle², il semble que les règles soient stabilisées aujourd'hui, et cette

¹ J.-C. Venezia, *Le pouvoir discrétionnaire*, thèse, Paris, 1956

² J.-M. Bockel, *Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, in *Actualité juridique - Droit administratif*, 1978, 355, R. Bonnard, *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, in *RD publ.* 1923, 363, R. Bonnard, *Le contrôle de la légalité et le contrôle de l'opportunité*, in *Revue du droit public*. 1944. 63, A. de Laubadère, *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du CE français*, in *Mélanges M. Waline*, 531, M. Hauriou, *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification*, in *Mélanges Carré de Malberg*, 1933, Sirey, L. Michoud, *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, in *Revue générale d'administration*, sept.-déc, 1914, 5, M. Waline, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, in *Revue du droit public*, 1930, 197, J. Kahn, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge*

notion ne retient plus guère l'attention. Pour preuve, aucune décision du Conseil d'Etat n'a été publiée au recueil de ses décisions sur le sujet depuis 2016, avec une forte représentation du droit des étrangers avant cette date³. Il existe même une rubrique au sein du recueil des décisions du Conseil d'Etat spécialement dédiée à cette question, mais qui n'est plus alimentée depuis 1999⁴. De plus, la majorité des décisions qui y étaient comprises concernaient le constat de l'existence d'une compétence liée.

L'expression de « pouvoir discrétionnaire », a été extraite du vocabulaire général et signifie qu'un acteur « s'en remet à la discrétion de quelqu'un » c'est-à-dire s'en rapporte à son jugement et tend à suggérer que tout pouvoir discrétionnaire serait générateur d'arbitraire. En réalité, le pouvoir discrétionnaire renvoie, en droit, à la situation dans laquelle la norme habilitant un sujet à intervenir lui laisse une possibilité de choix entre plusieurs motifs ou entre plusieurs décisions, toutes légales, même s'il existe plusieurs situations intermédiaires.

Élément classique de la découverte du droit administratif lors des études de droit, l'étude du pouvoir discrétionnaire, et de la compétence liée, s'effectue d'abord dans les chapitres consacrés à l'acte administratif⁵, éventuellement uniquement au travers des directives ou lignes directrices⁶. Aujourd'hui, la plupart des auteurs

administratif, in *Cahiers de l'IFSA*, n° 16, 1978, J.-M. Woehrling, *Compétence liée et pouvoir discrétionnaire*, in *La Compétence, Travaux de l'association française de droit administratif* 2, Lexisnexis, Paris, 2008, 127.

³ Les dernières remontent à 2016, et concernent le pouvoir de régularisation des étrangers en situation irrégulière : CE 30 juin 2016, req. n° 391489, *Mme Benbarat*, in *Lebon*, T. 790, 905 ; in *Actualité juridique - Droit administratif*, 2016. 1371 ; D. 2017. 261, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; in *Semaine juridique, édition administrations et collectivités territoriales*. 2016. actu. 585, obs. L. Erstein.

⁴ 01-05-01-02 : actes législatifs et administratifs - validité des actes administratifs - motifs - pouvoirs et obligations de l'administration - pouvoir discrétionnaire.

⁵ J. Waline, G. Eckert, E. Muller, *Droit administratif*, 29^e édition, Paris, Dalloz, Collection : Précis, 2023, n° 266, 309.

⁶ R. Chapus, *Droit administratif général, tome 1*, Domat droit public, Paris, Monchrestien, 2001, 519, n° 689, pour les directives.

abordent également le pouvoir discrétionnaire à l'occasion de l'examen du contrôle juridictionnel⁷. Les deux questions semblent ainsi indubitablement liées. Il était donc logique d'étudier cette question dans le cadre plus général des pouvoirs du juge administratif.

Trois aspects en particulier retiennent l'attention de la doctrine et de la juridiction à cet égard. Il s'agit en premier lieu d'identifier le pouvoir discrétionnaire lui-même, notamment en le distinguant de la compétence liée. S'est ensuite développée, avec des évolutions récentes, un pouvoir normatif d'autolimitation du pouvoir discrétionnaire. Enfin, et même depuis l'origine, c'est dans le degré de contrôle juridictionnel que l'on recherche l'existence et les modalités du pouvoir discrétionnaire.

2. *L'existence du pouvoir discrétionnaire*

La question de l'identification du pouvoir discrétionnaire occupe la doctrine depuis plus d'un siècle désormais. Ces travaux successifs ont permis d'enrichir sa compréhension avec plus de précision. En première intention, il apparaît que le pouvoir discrétionnaire s'apprécie en définissant la compétence liée dans un même mouvement. De la même façon, le pouvoir discrétionnaire semblait plutôt limité à l'absence de limitation des motifs, initialement, même s'il est désormais établi que cela concerne également le choix de la mesure à prendre.

Le pouvoir discrétionnaire n'est bien évidemment abordé qu'en lien avec son pendant, la compétence liée. Il existe toutefois plusieurs situations intermédiaires entre ces deux extrêmes.

Le pouvoir discrétionnaire a pu être caractérisé comme résultant soit d'une absence soit d'une imprécision des règles encadrant les motifs susceptibles de fonder une décision, laissant à l'autorité

⁷ R. Chapus, *préc.*, 1055, n° 1248 et s., J. Waline, G. Eckert, E. Muller, *préc.*, n° 566, 615.

administrative une marge de liberté d'appréciation des faits dans la mise en œuvre des prescriptions générales et impersonnelles⁸. L'étude du pouvoir discrétionnaire suit, ou précède, toujours celle de la compétence liée⁹. Au terme de l'arrêt de Section du 3 février 1999, *Montaignac*, synthétisant la jurisprudence antérieure, l'administration est, ainsi et par opposition, en situation de « compétence liée » lorsqu'elle est tenue, en présence de certaines circonstances de fait, de prendre une décision donnée sans avoir à apprécier les faits¹⁰.

Mais comme il est extrêmement rare, voire impossible, que l'énoncé d'une règle ne laisse ainsi place à aucune interprétation, administrative ou juridictionnelle, la notion de pouvoir discrétionnaire finirait par se diluer à l'extrême, en devenant quasiment synonyme de pouvoir d'appréciation ou de faculté d'interprétation si elle concernait non seulement les hypothèses d'absence de « motifs légaux » mais aussi celles dans lesquelles la formulation de ces « motifs légaux » induit un pouvoir d'appréciation des faits au regard de « critères légaux »¹¹. Entre le pouvoir discrétionnaire, réservée à la situation dans laquelle la norme d'habilitation ne définit aucun critère guidant cette appréciation, et la compétence liée, dans laquelle la norme poserait des critères assez précis pour réduire à néant l'exercice d'un pouvoir d'appréciation des faits, il existe ce que l'on peut qualifier de « pouvoir d'appréciation conditionné », situation dans laquelle la norme pose des critères suffisamment imprécis pour donner à l'autorité le pouvoir de les interpréter dans leur application à des espèces particulières¹².

Il n'existe plus d'acte administratif entièrement discrétionnaire, qui n'imposerait aucune condition à l'administration et qui échapperait,

⁸ J.-P. Dubois, *Pouvoir discrétionnaire*, in *Répertoire Dalloz Contentieux administratif*, juillet 2015, n° 13

⁹ R. Chapus, *préc.*, 1055, n° 1248 et s..

¹⁰ CE, Sect., 3 février 1999, *Montaignac*, in *Lebon* 7, in *Actualité juridique - Droit administratif*, 1999, 567, chr. F. Raynaud et P. Fombeur.

¹¹ J.-P. Dubois, *préc.*, n° 15

¹² *Ibid.*, n° 16

dès lors, à tout contrôle juridictionnel¹³. Le Conseil d'État a cessé d'admettre l'existence de tels actes depuis le début du XXe siècle¹⁴. En effet, tout acte administratif unilatéral est soumis, au minimum, à deux conditions, relatives à l'autorité compétente pour la prendre, et au but qu'elle doit poursuivre et qui est nécessairement l'intérêt public. De surcroît, et outre les motifs, le pouvoir discrétionnaire peut se déceler soit dans le choix d'agir, soit dans la mesure mise en œuvre.

L'autorité administrative peut disposer en premier lieu du pouvoir discrétionnaire de décider d'agir, ou plus encore, d'adopter un acte administratif, ou pas¹⁵. Il en va ainsi assez classiquement en matière disciplinaire dans la fonction publique, ou l'autorité publique dispose de la possibilité de prononcer une sanction, ou pas, même si les faits sont susceptibles d'être qualifiés de faute. Le Conseil d'Etat a toutefois posé récemment que si, dans le silence des textes, l'autorité administrative compétente apprécie l'opportunité des poursuites en matière disciplinaire, aucun principe général du droit ne fait pourtant obstacle à ce qu'un texte réglementaire prévoie que, dans certaines hypothèses, des poursuites disciplinaires doivent être engagées¹⁶.

En outre, le pouvoir discrétionnaire concerne soit les motifs, soit l'objet de la décision prise par l'autorité d'application d'une norme générale, soit les deux¹⁷. Ces différents aspects se cumulent, ou pas. Que l'autorité soit tenue d'agir ou qu'elle puisse choisir entre décision et abstention, la norme d'habilitation peut soit ne prévoir que l'adoption d'une seule décision, comme la nomination d'un fonctionnaire, soit ouvrir un choix dans une liste limitative de décisions possibles, comme en matière de sanctions disciplinaires en droit de la fonction publique, soit laisser l'autorité de mise en œuvre

¹³ J. Waline, G. Eckert, E. Muller, *préc.*, n° 266.

¹⁴ CE, 31 janvier 1902, *Grazzetti*, *Recueil Sirey* 1903.III.113, note M. Hauriou

¹⁵ *Ibid.*, n° 26

¹⁶ CE, ass., 6 juin 2014, *Fédération des conseils de parents d'élèves de l'école publique, Union nationale des lycéens*, req. n° 351582, in *Actualité juridique - Droit administratif*, 2014, 1478, chron. A. Bretonneau et J. Lessi.

¹⁷ J.-P. Dubois, *préc.*, n° 17.

libre de choisir la décision la plus adéquate, ce qui est le cas de l'exercice du pouvoir de police générale par l'autorité municipale¹⁸. Mais même dans ce dernier cas, le juge peut prévoir une règle jurisprudentielle de contrôle du choix de la mesure. Le juge administratif exerce ainsi un contrôle de proportionnalité de la mesure de police retenue pour prévenir un trouble à l'ordre public¹⁹.

Le pouvoir discrétionnaire peut donc indifféremment concerner la faculté d'agir, les motifs de l'action, et, ou, son objet. Les textes et la jurisprudence peuvent alors ne prévoir aucune condition, ou aucune limitation des actes susceptibles d'être pris, ou être rédigés en termes suffisamment large pour laisser une marge d'appréciation à l'autorité administrative, à charge pour elle, éventuellement, de l'encadrer.

3. *La limitation du pouvoir discrétionnaire*

Le pouvoir discrétionnaire est, ensuite, habituellement abordé par sa limitation, ou son autolimitation, au travers successivement des directives puis des lignes directrices²⁰.

Les directives apparaissent comme un moyen à la fois de pallier à l'absence de pouvoir réglementaire de la plupart des autorités administratives, et d'encadrer l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire afin de lui conférer une certaine prévisibilité. Avant l'apparition desdites directives, le Conseil d'État avait déjà admis qu'une circulaire du ministre de la défense nationale peut préciser les principes dont il entendait s'inspirer dans l'examen des cas individuels pour l'avancement au choix des officiers, mais à la condition qu'il ne

¹⁸ J.-P. Dubois, *préc.*, n° 27.

¹⁹ CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, in G. Braibant, P. Weil, P. Delvolvé, B. Genevois, M. Long, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 24^e éd., n° 42, Collection : Grands arrêts, Paris, Dalloz, 2023.

²⁰ J. Waline, G. Eckert, E. Muller, *préc.*, n° 429. P. Gonod, *Chapitre V : L'administration et l'élaboration des normes*, in F. Melleray, P. Yolka, P. Gonod, *Traité de droit administratif. Tome 1*, Collection : Traités, Paris, Dalloz, 2011, 550.

s'estime pas lié par ces directives et que chaque situation particulière soit examinée séparément²¹. Puis le juge a créé les directives à l'occasion de sa célèbre décision de section du 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France*²². La directive ne peut créer de conditions nouvelles non prévues par la législation ou la réglementation²³. Et si son destinataire doit s'y conformer, il doit cependant également procéder à un examen particulier de chaque situation²⁴ pour, le cas échéant, déroger aux règles et conditions générales en fonction des particularités de l'affaire ou d'un motif d'intérêt général²⁵.

Désormais, s'inspirant d'une recommandation du Conseil d'État dans son étude sur *Le droit souple*²⁶, pour ne pas risquer une confusion avec les directives de l'Union européenne, le mot « directive » est remplacé par l'expression « lignes directrices »²⁷. Pour leur adoption, le Conseil d'État, dans un arrêt de Section du 4 février 2015, *Ministre de l'intérieur c. Cortes Ortiz* précise que, dans le cas où un texte prévoit l'attribution d'un avantage sans avoir défini l'ensemble des conditions permettant de déterminer à qui l'attribuer parmi ceux qui sont en droit d'y prétendre, l'autorité compétente peut, alors qu'elle ne dispose pas en la matière du pouvoir réglementaire, encadrer l'action

²¹ CE, sect., 13 juillet 1962, *Arnaud*, in *Lebon*, 474, in *Actualité juridique - Droit administratif*, 1962, 545, chron. J.-M. Galabert et M. Gentot.

²² CE, sect., 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France*, in G. Braibant, P. Weil, P. Delvolvé, B. Genevois, M. Long, *préc.*, n° 75.

²³ CE, 1^{er} octobre 1993, *Messageur et Assoc. « École de la Croix »*, in *Lebon*, 254.

²⁴ CE, sect., 29 juin 1973, *Société Géa*, in *Lebon*, 453 ; in *Actualité juridique - Droit administratif*, 1973, 587, chron. M. Franc et R. Boyon, note C.-L. Vier, in *Revue du droit public*, 1974, 547, note M. Waline, *Recueil Dalloz*, 1974, 141, note M. Durupty.

²⁵ CE, 27 octobre 1972, *Ministre de la santé publique c/ Demoiselle Ecarlat*, in *Lebon*, 682, in *Revue de droit sanitaire et social*, 1972, 542, note F. Moderne.

²⁶ Conseil d'État, *Le droit souple*, 2013, p. 141

²⁷ CE, 19 septembre 2014, *Jousselin*, Rec. 272, *Actualité juridique - Droit administratif*, 2014, 2262, concl. G. Dumortier, CE, Sect. 4 févr. 2015, *Ministre de l'intérieur c. Cortes Ortiz*, in *Revue française de droit administratif*, 2015.471, concl. B. Bourgeois-Machureau, *Actualité juridique - Droit administratif*, 2015, 443, chr. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe, *Droit administratif*, juin 2015, no 38, 26, note G. Eveillard.

de l'administration, dans le but d'en assurer la cohérence, en déterminant, par la voie de lignes directrices, sans édicter aucune condition nouvelle, des critères permettant de mettre en œuvre le texte en cause, sous réserve de motifs d'intérêt général conduisant à y déroger et de l'appréciation particulière de chaque situation ; dans ce cas, la personne en droit de prétendre à l'avantage en cause peut se prévaloir, devant le juge administratif, de telles lignes directrices si elles ont été publiées. Par la suite, le Conseil d'État a admis des recours pour excès de pouvoir contre des actes qui s'apparentent à du droit souple et qui, de ce fait, ne remplissent pas les critères traditionnels de la décision faisant grief²⁸, et, les lignes directrices ont été considérées comme ayant, par nature, des effets notables sur la situation des administrés et pouvant de ce fait être déférés au juge de l'excès de pouvoir dans son arrêt de section *Gisti* du 12 juin 2020²⁹.

Le juge administratif français a ainsi récemment renforcé son contrôle sur le pouvoir d'autolimitation du pouvoir discrétionnaire des lignes directrices. Elles peuvent donc faire l'objet d'un recours qui sera accueilli notamment s'il fixe une règle nouvelle entachée d'incompétence, si l'interprétation du droit positif qu'il comporte en méconnaît le sens et la portée ou s'il est pris en vue de la mise en œuvre d'une règle contraire à une norme juridique supérieure. La place du juge s'avère ainsi une nouvelle fois centrale en la matière.

4. *Le contrôle du pouvoir discrétionnaire*

La qualification de pouvoir discrétionnaire implique paradoxalement à la fois un contrôle plus souple, pour tenir compte de la liberté

²⁸ CE, ass., 21 mars 2016, *Sté Fairvesta international GMBH*, et *Sté Numéricable*, in G. Braibant, P. Weil, P. Delvolvé, B. Genevois, M. Long, *préc.*, n° 111.

²⁹ CE, sect., 12 juin 2020, *Gisti*, in G. Braibant, P. Weil, P. Delvolvé, B. Genevois, M. Long, *préc.*, n° 116.

d'appréciation des faits, et plus strict, puisque les irrégularités de forme et de procédure sont prises en compte.

Le pouvoir discrétionnaire se caractérise par un contrôle limité aux vices de forme de compétence, et de procédure, et à la méconnaissance de la règle de droit. Il tend toutefois de plus en plus à être soumis à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation de la qualification juridique des faits.

Dans le prolongement, le pouvoir discrétionnaire est lié à cette modalité particulière qu'est le « contrôle minimum »³⁰ ou « restreint »³¹. Même lorsque l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, « *la décision qu'elle prend ne doit pas reposer sur des faits matériellement inexacts, sur une erreur de droit, sur une erreur manifeste d'appréciation ou être entachée de détournement de pouvoir* »³². Le juge administratif peut ainsi contrôler les motifs de la décision, même s'il ne censurera que les erreurs grossières d'appréciation commises par l'administration. S'il apparaît que la qualification des faits est si évidemment erronée, que même un non technicien peut l'infirmier, il annule la décision³³. Il faut toutefois bien noter que le contrôle restreint ou minimum n'est pas réservé au pouvoir discrétionnaire : le juge le met également en œuvre lorsque la norme d'habilitation a énoncé des critères d'appréciation des faits, au motif que l'utilisation de ces critères supposerait une compétence « technique » qu'il ne maîtrise pas.

L'évolution du contrôle juridictionnel est ainsi marquée par un passage de plus en plus nombreux du contrôle excluant toute

³⁰ J. Waline, G. Eckert, E. Muller, *préc.*, n° 555, 608.

³¹ J. Waline, G. Eckert, E. Muller, *préc.*, n° 568, 618.

³² CE, sect., 25 avr. 1980, *Institut technique de Dunkerque*, in *Actualité juridique - Droit administratif* 1980. 591, concl. Théry

³³ CE, 29 mars 1968, *Société du lotissement de la plage de Pampelonne*, in *Actualité juridique - Droit administratif* 1968. 341 ; 6 nov. 1970, Guyé, in *Actualité juridique - Droit administratif* 1971, p. 54, CE 6 févr. 2004, *Association « La raison du plus faible »*, in *Lebon*, 27 ; CE, sect., 10 mars 2006, *M. Carre-Pierrat*, *Revue du droit public*. 2007, 605, chron. C. Guettier.

appréciation de la qualification juridique des faits à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation de cette même qualification opérée par l'administration. Le contrôle de l'erreur manifeste a par exemple été étendu à des matières jusque-là très largement discrétionnaires, et notamment à la « haute police »³⁴. L'évolution de la jurisprudence en ce qui concerne la correspondance entre la gravité d'une sanction disciplinaire et celle de la faute commise en est également caractéristique. Dans un premier temps le Conseil d'État se contentait de vérifier l'existence matérielle des faits qui la motivait, la gravité de la sanction relevant à ses yeux de l'opportunité³⁵. Puis il était passé au contrôle de l'erreur manifeste³⁶. Enfin, il a décidé d'appliquer en la matière le contrôle « normal » incluant la qualification juridique des faits³⁷.

Il existe également des différences de contrôle entre compétence liée et pouvoir discrétionnaire, même si certaines tendent à s'atténuer.

La substitution de motifs n'était possible, jusqu'il y a peu, que lorsque l'autorité administrative était en situation de compétence liée pour prendre la décision en cause³⁸. En revanche, la substitution de motifs apparaissait exclue lorsque l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, puisqu'il était relevé que le juge serait, sinon, conduit à substituer sa propre appréciation d'opportunité à celle de l'administration. Le Conseil d'État est revenu sur cette jurisprudence en 2004 pour admettre que, lorsque l'administration s'est fondée pour prendre sa décision sur un motif qui se révèle

³⁴ CE, 2 novembre 1973, *Librairie François Maspero*, *Semaine juridique* 1974. II. 11742, concl. G. Braibant, note R. Drago, 3 février 1975, *Pardov*, pour une décision d'expulsion d'un étranger, *Lebon* p. 83, CE, 19 février 1975, *Fouéré*, pour un refus de passeport, in *Actualité juridique - Droit administratif*, 1975, 143.

³⁵ CE, sect., 9 juin 1978, *Lebon*, in *Lebon*, 245.

³⁶ CE, sect., 22 juin 2007, *Arfi*, in *Lebon* 263, concl. M. Guyomar.

³⁷ CE, ass., 13 novembre 2013, *Daban c/ Min. des affaires étrangères*, in *Actualité juridique - Droit administratif* 2013. 2432, chron. A. Bretonneau et J. Lessi.

³⁸ CE 8 juin 1934, *Augier*, in *Recueil Dalloz* 1934.III.31 concl. L. Josse.

erroné, elle peut ensuite invoquer devant le juge un autre motif susceptible de justifier légalement sa décision³⁹.

En cas de compétence liée, le juge administratif considérera comme inopérants les moyens de légalité invoqués devant lui, à l'exception de ceux déterminant l'existence de la compétence liée⁴⁰. L'existence d'un vice de forme ou de procédure, par exemple, ne pourra être invoquée utilement par le requérant contre la décision adoptée dans l'exercice d'une compétence liée. Inversement, les vices de forme et de procédure seront retenus en cas de pouvoir discrétionnaire, ou de pouvoir conditionné. Il faut toutefois tenir compte d'un mouvement au terme duquel les vices de forme et de procédure n'entraînent pas forcément l'annulation de l'acte. En effet, si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie⁴¹.

Le juge est donc omniprésent en la matière. Il peut ainsi définir certaines notions, comme la compétence liée, et, en même temps, encadrer l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en édictant une règle jurisprudentielle en limitant l'exercice grâce à un contrôle de proportionnalité. L'administration ne s'est vu reconnaître la possibilité d'encadrer l'exercice de son pouvoir discrétionnaire que grâce à l'accord du juge administratif ; à cette occasion, et récemment, il a accru son contrôle sur les lignes directrices en admettant l'exercice

³⁹ CE, sect., 6 février 2004, *Mme Hallal*, in *Actualité juridique - Droit administratif*, 2004. 436, chron. F. Donnat et D. Casas.

⁴⁰ CE, sect., 3 février 1999, *Montaignac*, *préc.*

⁴¹ CE, ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, in *Actualité juridique - Droit administratif*, 2012, 195, chron. X. Domino, A. Bretonneau.

d'un recours contre elles. Enfin, et depuis longtemps, il admet de contrôler les actes discrétionnaires, même si son contrôle s'accroît en la matière, en l'approfondissant au bénéfice de l'examen de l'erreur manifeste d'appréciation voire de la qualification juridique des faits. Les domaines classiques d'expression du pouvoir discrétionnaire tels que les nominations, les sanctions disciplinaires ou les mesures de police n'échappent donc plus au contrôle du juge administratif de son fait.

IL SINDACATO
DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO ITALIANO
SUI PROVVEDIMENTI DISCREZIONALI

Francesco Follieri
*Professore ordinario di diritto amministrativo
nell'Università Lum Giuseppe Degennaro*

SOMMARIO: 1. Sindacato sulla discrezionalità e limiti della giurisdizione di legittimità.
– 2. La legittimità dei limiti al sindacato sulla discrezionalità. – 3. L'effettività del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità.

1. *Sindacato sulla discrezionalità e limiti della giurisdizione di legittimità*

Almeno in Italia, la discussione sul sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti discrezionali coincide con la discussione dei limiti della giurisdizione di legittimità: il sindacato sulla discrezionalità è infatti l'estremo confine di quella giurisdizione.

A partire dalla legge istitutiva della quarta sezione del Consiglio di Stato (legge n. 2248 del 1889) e almeno fino alla Costituzione repubblicana (1948) o, per meglio dire, fino all'effettivo ingresso della Costituzione nei discorsi degli amministrativisti, la questione è stata impostata intorno alla nozione di "eccesso di potere". Definendo l'eccesso di potere come sviamento di potere (*detournement de pouvoir*), e non come straripamento di potere¹, ed elaborando le figure sinto-

¹ Sulla discussione intorno alla nozione di eccesso di potere come straripa-

matiche², dottrina e giurisprudenza hanno costruito la sindacabilità

mento di potere, si vedano (a mero titolo d'esempio): F. D'alesio, *Le leggi sulla giustizia amministrativa commentate*, Torino, Utet, 1938, 161; F. Bassi, *Lo straripamento di potere (profilo storico)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1964, 245 ss.; P. Gasparri, *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 125; Id., *Incompetenza (diritto amministrativo)*, *ivi*, vol. XXI, Milano, Giuffrè, 1971, 70; G. Sacchi Morsiani, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, app. III, Torino, Utet, 1982, 220; O. Abbamonte, *Eccesso di potere. Origine giurisdizionale del concetto nell'ordinamento italiano (1877-1892)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1986, 83 ss.; F. Modugno e M. Manetti, *Eccesso di potere. II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XII, Roma, Treccani, 1989, 2; A. Pioggia, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001, 127; N. Paolantonio, *I vizi di legittimità (art. 2 l. 1034/1971)*, in G. Morbidelli (ed.), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2005, 214.

Non pare però che il Consiglio di Stato abbia mai considerato l'eccesso di potere come straripamento: anche prima dell'istituzione della IV Sezione, nei pareri resi al re, il Consiglio di Stato ha sempre ritenuto che l'eccesso di potere fosse sviamento di potere – cfr. se si vuole, F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, Wolters Kluwer, 2017, 6 ss., anche per le opportune citazioni.

² A proposito dell'evoluzione della giurisprudenza e della dottrina sulle figure sintomatiche, si vedano (senza alcuna pretesa di completezza): N. Pappalardo, *L'eccesso di potere secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, Roma, 1932, vol. II, 5 ss. dell'estratto; R. Resta, *La natura giuridica dell'eccesso di potere come vizio degli atti amministrativi*, in *Studi in onore di F. Cammeo*, Padova, 1933, II, 383 ss.; F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in Id., *Scritti giuridici*, Milano, 2006, II, (originariamente in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, I, 1 e ss.), 997 ss.; A. Piras, *Invalidità (diritto amministrativo)*, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXII, Milano, Giuffrè, 1972, 606; G. De Cesare, *Problematica dell'eccesso di potere legislativo. I. L'eccesso di potere e la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, Padova, 1973, 68 ss. Una parte della dottrina ha per un certo periodo anche sostenuto che le figure sintomatiche avessero valore probatorio indiretto, ossia che fossero elementi di prova di fatti secondari (E. Presutti, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1911, 121 ss.; R. Treves, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936, 40, 55, 65 e *passim*; in Francia, ad es., H. Welter, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative: étude de doctrine et de jurisprudence*, Paris, 1929, 417 ss.) o indizi o presunzioni semplici dell'illegittimità (A. Azzena, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1976, 326 ss.; T. Alibrandi,

delle decisioni discrezionali e il relativo limite, tramite l'identificazione di una *species* di illegittimità. In questo quadro, il limite al sindacato è una questione di diritto sostanziale: su quale possa essere l'illegittimità e, a monte, su quali siano i "limiti" di validità del provvedimento discrezionale.

Per effetto dell'art. 113, co. 2, Cost. (che ha vietato al legislatore di ridurre i vizi di illegittimità rilevanti ai fini della tutela giurisdizionale)³ e ridotta ad unità l'illegittimità del provvedimento amministrativo, sul

L'eccesso di potere come indizio processuale, in *Diritto e Società*, 1982, 66 ss.; su queste modalità di accertamento dell'eccesso di potere, anche E. Cardi e S. Cognetti, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino, Utet, vol. V, 1990, 347 ss.).

Per una confutazione della natura istruttoria delle figure sintomatiche, sia consentito rinviare a F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., 30 ss.

³ Facendo venir meno l'utilità pratica della distinzione tra i tre vizi di annullabilità (incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere): per tutti, M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, III ed., 1993, Vol. II, 312. Prima della Costituzione, il nostro ordinamento prevedeva eccezioni alle illegittimità che potevano essere denunciate dinanzi al giudice amministrativo: ad esempio, l'art. 3, co. 3, della legge n. 5992 del 1889, poi divenuto l'art. 26, co. 2, del R.D. n. 1054/1924 (testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato), impediva al ricorrente di denunciare la violazione di legge contro i provvedimenti in materia di «controversie doganali». L'art. 113, co. 2, Cost., nel prevedere che la tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione «non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione», vieta al legislatore di limitare i vizi che possono essere dedotti nei confronti del provvedimento amministrativo e dunque comporta l'illegittimità costituzionale delle norme che prevedono tali limiti – come nel caso della limitazione all'impugnazione dei provvedimenti in materia doganale per violazione di legge, dichiarata incostituzionale (Corte cost., sentenza 24 giugno 1958 n. 40).

piano dogmatico⁴ e teorico⁵, l'indagine sui limiti della giurisdizione di

⁴ Innanzitutto, si è appurato che lo sviamento è una forma di violazione di legge: cfr. già V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in Id. (ed.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, vol. III, 1901, 806, che, nel definire lo sviamento di potere, afferma che «si tratta di una legge violata nel suo *spirito* o, meglio diremmo, nella sua *portata*» (enfasi testuale), ove si precisa anche che «noi non sapremmo, in verità, trovare commendevole la distinzione antitetica della lettera e dello spirito della legge, da poiché la lettera serve a dimostrare lo spirito, e lo spirito si traduce nella lettera, troviamo certo che lo scopo della legge si connette con la sua portata che delimita davvero la sfera dell'osservanza di quella- e chi elude lo scopo della legge, ne viola la portata, il che val quanto dire che commette una illegalità». Analogamente, fra gli altri, A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi: con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, 1904, 791; F. D'alessio, *Le leggi sulla giustizia amministrativa commentate*, Torino, 1938, 169. Più di recente, F. Modugno, *Eccesso di potere. I) Profili generali*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, vol. XII, 1989, 5. Di poi, si è affermato che le c.d. figure sintomatiche dell'eccesso di potere sono violazioni di altrettante norme di varia natura, ossia principi (F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 1011 ss.; G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, IX ed., 2020, 366 s.), clausole generali (C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, sebbene con una tesi eterodossa sulla natura e la delimitazione dell'eccesso di potere; G. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012) o standards (un *tertium genus* di norme che implica una dimensione valutativa per la sua "applicazione": cfr. G. Sala, *L'eccesso di potere amministrativo dopo la legge 241/90: un'ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. amm.*, 1993, 207 ss.; M. Trimarchi, *Dalla pluralità dei vizi di legittimità alla pluralità delle tecniche di sindacato*, in *Diritto amministrativo*, 2010, 957 ss.) che disciplinano l'azione amministrativa. Ne è conseguita la considerazione unitaria dell'illegittimità.

⁵ Del resto, dal punto di vista teorico, non v'è spazio per diverse "forme" di illegittimità: l'illegittimità (o invalidità) è la difformità di un atto o di una norma dalle norme sulla produzione giuridica: per tutti, fra gli amministrativisti G. Corso, *Validità (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1993, vol. XLVI, 93 ss.; M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, ETS, 2013, 23 ss.

In verità, questa è una delle concezioni della validità e dell'invalidità, distinte sulla base del criterio di validità, ossia la validità formale o sistemica (la *Geltung* kelseniana). Sulla distinzione tra questo modo di intendere la validità e la validità assiologica (ove il parametro è un valore, solitamente trascendente all'ordinamento,

legittimità si è concentrata sulle modalità di sindacato. Sintetizzando estremamente, sui provvedimenti discrezionali o per meglio dire sui profili discrezionali della decisione, al g.a. è consentito solo il sindacato indiretto o confutatorio, mentre almeno in sede di giurisdizione di legittimità al g.a. è vietato il sindacato diretto o sostitutivo⁶. Da

tradizionalmente la giustizia) e materiale (ove il parametro è l'effettività) cfr.: A.G. Conte, *Studio per una teoria della validità*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1970, ora in Id., *Filosofia del linguaggio normativo*, Torino, Giappichelli, II ed., 1995, I, 59; Id., *Validità*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, UTET, 1975, vol. XX, (418 e ss.), ora in Id., *Filosofia del linguaggio normativo*, cit., I, 130; J. Wróblewski, *Tre concetti di validità*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1982, 601; F. Modugno, *Validità (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1993, vol. XLVI, 4; T. Mazzarese, *Validità*, in *Digesto discipline privatistiche- sezione civile*, Torino, UTET, 1999, vol. XIX, 596.

Tuttavia, la validità sistemica o formale è in grado di inglobare le altre “forme” della validità: quando l'ordinamento include taluni valori in norme giuridiche (ad esempio, molte norme costituzionali del nostro ordinamento, come di numerosi altri ordinamenti occidentali), la validità sistemica è in grado di inglobare la validità assiologica; quando l'ordinamento eleva a fonte del diritto la consuetudine (come fa il nostro ordinamento), la validità sistemica ingloba la validità materiale. Sul punto sia consentito rinviare a F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., 91 ss., anche per gli ulteriori opportuni richiami alla teoria generale e alla filosofia del diritto.

⁶ Per la dicotomia sindacato diretto – sindacato indiretto, cfr. F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, UTET, 1967, 459 ss.; F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1983, 438 ss.; A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987, 238 ss.; F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri “tecnici” e giurisdizionalizzazione*, Milano, Giuffrè, 2005, 189 ss. e 199 ss.; D. Mastrangelo, *La tecnica nell'amministrazione fra discrezionalità, pareri e merito*, Bari, Cacucci, 2003, 141 ss.; A. Giusti, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, 205 ss.

L'opposizione ‘sindacato diretto/indiretto’ sorge come distinzione fra modalità di giudizio del giudice amministrativo sul fatto, ove però ‘fatto’ corrisponde a qualunque dato della “realtà” richiesto come “ragione di un provvedimento” (inclusi, cioè, quei fatti che impongono “più o meno complesse sintesi intellettuali” perché se ne possa affermare la sussistenza e, quindi, incluso l'interesse pubblico

questione sostanziale sulle “forme” di illegittimità del provvedimento,

specificato dall'amministrazione) – cfr. F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 459 ss. Grazie a questa nozione “lata” di fatto, l'opposizione è stata estesa anche alla scelta della misura da adottare: A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., 238 s.

A parere di chi scrive, l'opposizione tra sindacato sostitutivo e sindacato confutatorio, invece, risulta più accurata (sebbene l'intuizione sottesa alla distinzione tra sindacato diretto e sindacato indiretto rimanga fondamentale) – cfr., per maggiori argomenti, F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, cit., 442 ss. In questa diversa opposizione, il giudice che esercita un sindacato sostitutivo ripete, in base alle doglianze del ricorrente, la qualificazione dei presupposti, la preferenza fra gli effetti ammessi dall'ordinamento per quel tipo di provvedimento (ove ricorrano i presupposti) e/o la preferenza fra gli interessi in gioco e annulla il provvedimento impugnato che non coincide con la qualificazione, la scelta dell'effetto o la ponderazione di interessi che il giudice ha formulato nel riesaminare la vicenda. F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, cit., 448 ss., per l'analisi del sindacato di qualificazione (ossia del sindacato sostitutivo sul momento conoscitivo); pp. 493 ss., per l'analisi del sindacato di decisione (ossia del sindacato sostitutivo sul momento dispositivo); 521 e ss., per l'analisi del sindacato di bilanciamento (ossia del sindacato sostitutivo sul momento teleologico). Ad esempio, il giudice che esercita un sindacato sostitutivo sulla dichiarazione dell'interesse culturale di un bene immobile alla luce del motivo secondo cui il provvedimento della Sovrintendenza ha violato l'art. 10, co. 3, lett. a), d.lgs. n. 42 del 2004, valuta nuovamente ed indipendentemente dal giudizio della Sovrintendenza se l'immobile presenta «interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante» (cioè ripete la qualificazione circa il presupposto per la dichiarazione di interesse culturale). E se ritiene che tale interesse non vi sia, annulla il provvedimento.

Il giudice che esercita un sindacato confutatorio invece vaglia la validità (in senso epistemologico) delle confutazioni avanzate dal ricorrente ai giudizi dell'amministrazione, al fine di stabilire se i giudizi della p.a. nel momento conoscitivo, nel momento dispositivo e/o nel momento teleologico sono falsi o scorretti. Le confutazioni possono riguardare il piano “metodologico” (la violazione di norme procedurali), il piano sintattico (la violazione delle regole logiche che governano il giudizio della p.a. – l'*internal justification* del provvedimento) e il piano del contenuto dei giudizi dell'amministrazione (la violazione dei canoni “sostanziali” della disciplina, scienza o tecnica che sovrintende a quel giudizio – l'*external justification* del provvedimento). Il primo di questi piani di confutazione ha natura meta-discorsiva (cioè attiene al rispetto delle condizioni della situazione linguistica), mentre gli altri

la sindacabilità dei provvedimenti discrezionali diviene perciò una

due attengono al discorso dell'amministrazione – cfr. F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità*, 463 ss. in termini generali e per i giudizi categorici dell'amministrazione, 499 e ss. per i giudizi di preferenza fra effetti giuridici dell'amministrazione, e pp. 529 e ss. per i giudizi di preferenza fra interessi condotti dall'amministrazione.

Sul piano del contenuto dei giudizi dell'amministrazione, che più si presta alla confusione con il sindacato sostitutivo, il ricorrente avanza proposizioni incompatibili con la verità o la correttezza del giudizio dell'amministrazione, ossia proposizioni potenzialmente confutatorie. Il giudice valuta la verità o la correttezza di queste proposizioni. E se le trova vere o corrette, considera falsi o scorretti i giudizi dell'amministrazione e dunque illegittimo il provvedimento. Sia ancora consentito rinviare a F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità*, 479 ss. (in termini generali e per i giudizi categorici), 509 ss. (per i giudizi di preferenza fra misure) e 538 ss. (per i giudizi di preferenza fra interessi).

Più in dettaglio, di ciascun giudizio categorico (cioè delle qualificazioni che la p.a. pone in essere, principalmente per stabilire se ricorrono i presupposti per l'adozione del provvedimento) il ricorrente può confutare tre elementi (che corrispondono ad altrettanti elementi che la p.a. deve giustificare): la sussistenza del soggetto del giudizio categorico (cioè se esiste il *quid* qualificato), la fondatezza della qualificazione (cioè se è corretto ascrivere quel *quid* alla classe definita dal predicato, tenendo fermo il concetto, cioè la nozione del predicato) e la fondatezza del predicato nel sistema della disciplina di riferimento (cioè se è corretto il concetto impiegato per qualificare). Ad esempio, «l'immobile X, costruito nel 1705, che ospitò Garibaldi dopo l'incontro a Teano e che ha saloni affrescati da ordinari pittori della scuola napoletana dell'epoca, è di interesse storico e artistico particolarmente importante» non ammette la verità/correttezza di proposizioni come «l'immobile X è stato raso al suolo dal terremoto del 2008» (perché confuta l'esistenza dell'immobile X, cioè del *quid* qualificato), «l'immobile X è un palazzo finto neo-classico, costruito nel 2010» (perché confuta la fondatezza della qualificazione, ossia che si è verificato l'evento che rende quell'immobile di interesse storico e artistico particolarmente importante, ferma restando la nozione – più o meno precisa o esplicita – di “immobile di interesse storico e artistico particolarmente importante”), oppure che «è un “immobile di interesse storico-artistico” solo l'immobile che ha ospitato eventi storici decisivi per la storia dell'umanità e che ospita capolavori irripetibili dell'arte» (perché confuta la fondatezza del predicato, ossia la correttezza del concetto alla stregua del quale l'amministrazione ha qualificato l'immobile). Se tali proposizioni (che rientrano nel novero delle proposizioni potenzialmente confutatorie) sono vere o corrette, confutano il giudizio per cui l'immobile X è di pregio storico/artistico. Esse richiedono che il giudice possa accedere direttamente al fatto (tramite ovvia-

questione di diritto processuale, su quali siano i poteri di cognizione del giudice amministrativo. E non solo in dottrina: anche in giurisprudenza si rintraccia questo cambio di registro. Basti pensare alla *querelle* sul sindacato forte (o intrinseco) o debole (o estrinseco) sui giudizi opinabili dell'amministrazione⁷.

Se sul piano logico ed epistemologico non vi sono ragioni per preferire una modalità di sindacato all'altra, così non è sul piano co-

mente l'esperimento di mezzi di prova) e possa valutare le confutazioni del ricorrente alla luce dei concetti della disciplina "applicata" dall'amministrazione.

Della scelta di una misura (cioè della decisione di produrre un certo effetto giuridico) si può invece confutare l'idoneità rispetto all'interesse preferito dall'amministrazione nel bilanciamento e la necessità rispetto agli interessi sacrificati. Della ponderazione degli interessi, invece, si può confutare la completezza (l'omessa valutazione di uno degli interessi in gioco), l'accuratezza (l'erronea valutazione del peso concreto di uno o più interessi) e l'equilibrio (l'importanza della soddisfazione dell'interesse preferito non è almeno "pari" al sacrificio dell'interesse recessivo) – sebbene anche nel sindacato confutatorio sul momento dispositivo e sul momento teleologico trovino spazio le confutazioni di giudizi categorici (cfr. ancora F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità*, cit., rispettivamente 509 ss. e 538 ss.). Si tratta di confutazioni che possono essere accumulate nel sindacato di sproporzione o irragionevolezza.

In questo modo, il giudice non valuta "direttamente" il giudizio espresso dalla p.a. Le sue valutazioni riguardano, infatti, o la violazione di norme (procedimentali o logiche) o proposizioni potenzialmente confutatorie del ricorrente, ossia proposizioni incompatibili con le asserzioni che giustificano il giudizio dell'amministrazione (e che se ritenute vere o corrette escludono la verità o la correttezza del giudizio dell'amministrazione).

Nel sindacato confutatorio, in estrema sintesi, né il giudice, né il ricorrente ripetono il giudizio della p.a. Rispetto alle confutazioni metodologiche e logiche, il ricorrente denuncia la violazione di precetti procedimentali o della logica e il giudice ne valuta la violazione. Quando la confutazione attiene al piano del "contenuto" della decisione, il ricorrente introduce asserzioni incompatibili con la giustificazione del giudizio dell'amministrazione e il giudice valuta (la rilevanza e) la verità o la correttezza delle asserzioni incompatibili, da cui discende la falsità o la scorrettezza dei giudizi dell'amministrazione.

⁷ Per una panoramica della giurisprudenza, su questi temi R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, 107 ss.; nonché, se si vuole, F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità*, cit., 542 ss.

stituzionale o, se si vuole, della dottrina dello Stato. Tramite il sindacato sostitutivo, il giudice infatti riesamina totalmente la vicenda, prescindendo dalla decisione dell'amministrazione, cioè ri-applica le norme che disciplinano il potere amministrativo al caso concreto. In questo modo, la decisione dell'amministrazione, una volta adito il giudice, è come se non ci fosse mai stata (almeno in relazione ai profili che il ricorrente deduce in giudizio). Tramite il sindacato confutatorio, il giudice invece "critica" la decisione dell'amministrazione, secondo le confutazioni avanzate dal ricorrente. L'opzione per il sindacato sostitutivo o per il sindacato confutatorio sottintende dunque un diverso "rapporto di forza" tra il giudice e l'amministrazione, cioè tra il potere giudiziario e il potere esecutivo⁸. Si tratta non di una questione teo-

⁸ Cfr. E. Schimdt Assmann, *I limiti del sindacato dei tribunali amministrativi*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1995, 756 ss.

Non a caso, chi sostiene che la Corte EDU interpreti l'art. 6 CEDU in modo da imporre (salvo rare eccezioni) un sindacato sostitutivo sul provvedimento amministrativo ritiene che la Corte EDU faccia del procedimento e del processo amministrativo due fasi di un medesimo ciclo funzionale, confermando (più o meno consapevolmente) la concezione kelseniana dell'amministrazione e della giurisdizione come applicazione di norme, contrapposte alla legislazione come creazione di quelle norme: dall'identificazione funzionale nella dinamica giuridica discende l'identificazione dal punto di vista della teoria dello Stato. Cfr. F. Goisis, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2015, 589 ss.; Id., *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, II ed., 2015, 114 s. In verità, come F. Goisis, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, in *Diritto processuale amministrativo*, cit., 550, riconosce, si tratta di un'evoluzione della teoria esposta da H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard, 1945, 269 ss., laddove quest'ultimo rileva, in chiave critica alla teoria della separazione dei poteri, che se la Costituzione preclude la limitazione di taluni diritti fondamentali dei cittadini (come la libertà personale, la proprietà etc.) se non tramite un «*due process of law*», non implica di per sé una riserva di giurisdizione, ma che se quelle funzioni sono attribuite all'amministrazione, i suoi organi e i suoi procedimenti devono essere conformati all'idea del «*due process of law*» (part. 278). Tale critica poi si spinge ad affermare che l'idea della separazione dei poteri, smentita sul piano teorico dall'identità funzionale di amministrazione e giurisdizione, è con-

rica, ma di stretto diritto positivo e che, a ben vedere, trascende il piano processuale: interrogarsi sui limiti del sindacato di legittimità, cioè sui poteri di cognizione del g.a., significa interrogarsi sulla disciplina delle relazioni tra potere esecutivo e potere giudiziario in un dato ordinamento.

Fino all'entra in vigore del codice del processo amministrativo, la preferenza per il sindacato confutatorio era più una questione di "diritto vivente". Prima del codice, il capo I del titolo III del R.D. 26 giugno 1924 n. 1054, dedicato alle «attribuzioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale», giustapponeva i «ricorsi per incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere» (art. 26) ai casi in cui il Consiglio di Stato poteva «decidere pronunciando anche in merito» (art. 27), ma non definiva compiutamente i poteri del giudice nell'uno e nell'altro caso. Essi non potevano essere desunti in maniera sufficientemente certa nemmeno dai poteri istruttori e dagli "esiti" dei ricorsi: nella giurisdizione di merito il giudice poteva disporre «qualunque mezzo istruttorio» (art. 44, co. 2, R.D. n. 1054/1924) e «decide[re] anche nel merito» (art. 45, co. 1, R.D. n. 1054/1924); in giurisdizione di legittimità, invece, il giudice poteva «richiedere nuovi chiarimenti o documenti» o «nuove verificazioni» all'amministrazione ove l'istruttoria procedimentale fosse stata incompleta o le risultanze istruttorie fossero contraddette dai documenti (art. 44, co. 1, R.D. n. 1054/1924) e annullare il provvedimento (art. 45, co. 1, R.D. n. 1054/1924). La l. 6 dicembre 1971 n. 1034 precisò, poi, che in sede di giurisdizione di merito il g.a. poteva «riformare l'atto o sostituirlo» (art. 26 l. n. 1034/1971)⁹. Nel 2000, la l. n. 205 ammise infine anche in sede di giurisdizione di legittimità la consulenza tecnica d'ufficio, avvicinando i poteri istruttori della giurisdizione di legittimità a quella

fermata sul piano del diritto positivo dal sindacato giurisdizionale sugli atti dell'amministrazione (p. 280). Su questi aspetti di dottrina dello Stato, sia consentito rinviare a F. Follieri, *Art. 6 CEDU ed equilibrio tra poteri dello Stato*, cit., 69 ss.; Id., *Art. 6 CEDU e pubblica amministrazione. Dal procedimento al processo e ritorno*, cit., 373 ss.

⁹ Oltre a condannare la p.a. al pagamento delle somme di cui fosse risultata debitrice.

di merito, ma non ne determinò l'ambito di applicazione né gli effetti¹⁰.

Le disposizioni del codice sono invece inequivoche almeno sui termini fondamentali del rapporto tra amministrazione e giudice.

In base all' art. 7, co. 6, c.p.a., nell'esercizio della giurisdizione estesa al merito «il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione»: sul piano della cognizione in senso stretto, ripetendo i giudizi e le decisioni dell'amministrazione (per ricavarne la illegittimità o meno del provvedimento impugnato), dunque esercitando il sindacato sostitutivo; e sul piano della produzione dell'effetto giuridico, cioè producendo direttamente l'effetto giuridico (adottando il provvedimento al posto dell'amministrazione o modificandolo, anche tramite un commissario ad acta). *A contrario*, in sede di giurisdizione di legittimità al giudice è vietato sostituirsi all'amministrazione: dunque, gli è vietato tanto esercitare il sindacato sostitutivo, quanto sostituirsi all'amministrazione nella produzione dell'effetto giuridico. Tuttavia, in base all'art. 31, co. 3, c.p.a., in caso di inerzia dell'amministrazione o di annullamento del provvedimento di diniego, il giudice «può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata» in astratto o in concreto e purché non siano «necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione» - e ciò pacificamente anche ove la relativa domanda sia stata avanzata in sede di giurisdizione di legittimità. L'accertamento della fondatezza della pretesa equivale ad affermare che il giudice possa sostituirsi all'amministrazione, che è chiamata per prima a stabilire la fondatezza della pretesa sostanziale. *Ergo*, quando il ricorrente chiede

¹⁰ Tanto da consentire di considerare vietata la consulenza tecnica con riguardo a valutazioni tecniche opinabili: cfr. F. Volpe, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 832 ss. Con il codice, invece, secondo Volpe, la c.t.u. consente un sindacato sostitutivo rispetto alle valutazioni opinabili o complesse: cfr. Id., *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica tra vecchio e nuovo rito (considerazioni a margine della sentenza Cass. SS. UU., 17 febbraio 2012, n. 3712)*, in *www.giustamm.it*, 2/2012, e Id., *La distinzione tra atto amministrativo discrezionale e atto vincolato (tra giurisdizione di legittimità e di merito)*, in *www.giustamm.it*, n. 11/2016, part. par. 7.

la condanna dell'amministrazione a provvedere, il g.a. può sostituirsi all'amministrazione anche in materie rientranti nella giurisdizione di legittimità, purché l'attività della p.a. sia vincolata e non residuino adempimenti istruttori ad essa riservati. Se in questi casi il giudice può sostituirsi all'amministrazione per valutare la fondatezza della pretesa, non vi sono ragioni per vietare al giudice di sostituirsi all'amministrazione in quegli stessi casi anche quando giudica solo dell'illegittimità del provvedimento di diniego – cioè quando il ricorrente avanzi esclusivamente la domanda di annullamento. L'argomento per analogia può essere impiegato anche per i provvedimenti restrittivi vincolati (in astratto o in concreto): se nel giudizio di illegittimità sui provvedimenti vincolati di diniego il giudice può sostituirsi all'amministrazione purché non residuino incumbenti istruttori riservati alla p.a., alle stesse condizioni il giudice può sostituirsi all'amministrazione anche quando giudica dell'illegittimità dei provvedimenti restrittivi vincolati (in astratto o in concreto). Sicché, la norma per cui il giudice amministrativo non può sostituirsi alla p.a. in sede di giurisdizione di legittimità è implicata da una disposizione del codice (art. 7, co. 6, c.p.a.), ma al contempo delimitata da un'altra disposizione (art. 31, co. 4, c.p.a.). Il divieto di sostituzione trova dunque un'eccezione: per i provvedimenti vincolati in astratto o vincolati in concreto e rispetto ai quali non sia previsto l'esperimento di mezzi istruttori riservati alla p.a., la giurisdizione di legittimità include il potere di sostituirsi all'amministrazione – sia per la pronuncia di condanna, sia per la pronuncia di annullamento¹¹. Tuttavia, laddove l'amministrazione conservi nel concreto un margine di discrezionalità, in giurisdizione di legittimità il giudice amministrativo non può sostituirsi all'amministrazione: per quanto qui rileva, non può esercitare il sindacato sostitutivo sugli aspetti della decisione effettivamente discrezionali.

¹¹ Su questi profili, sia consentito rinviare a F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., 544 s.

2. La legittimità dei limiti al sindacato sulla discrezionalità

Questa disciplina di rango primario è legittima?

Una ben nota critica alla legittimità di questa disciplina si fonda sull'articolo 6 della Convenzione EDU¹², secondo un ragionamento che può essere così sintetizzato. In base alla giurisprudenza della Corte EDU, lo Stato aderente deve rendere effettive le garanzie procedurali previste dall'art. 6 della Convenzione EDU¹³ anche nei procedimenti amministrativi, ogni volta che l'amministrazione sia chiamata a decidere di «*civil rights and obligations*» o «*criminal charges*»¹⁴.

¹² Ci si riferisce alla tesi di M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, 36 ss.; M. Allena, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 1608 ss.; F. Goisis, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, cit., 589 ss.; Id., *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*.

¹³ Sulle garanzie apprestate dall'art. 6 CEDU in generale, cfr. D.J. Harris, M. O'Boyle e C. Warbrick, *Article 6: the Right to a Fair Trial, in Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2009, 290 ss.; F. Manganaro, *Equo processo e diritto a un ricorso effettivo nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Ius Publicum*, 2011.

¹⁴ La Corte EDU intende questi due sintagmi in maniera molto diversa da come li si potrebbe interpretare alla luce della dogmatica nazionale. Infatti, la Corte tralascia la qualificazione che l'ordinamento statale attribuisce all'organo chiamato a decidere (se giudice o amministrazione), all'illecito (se reato o illecito amministrativo) o alla situazione giuridica in questione (se diritto soggettivo o, diremmo in Italia, interesse legittimo). Purché vi sia un atto capace di irrogare una sanzione sufficientemente grave e non meramente risarcitoria per un illecito *ex iure publico* (come le sanzioni antitrust, Corte EDU, *A. Menarini Diagnostics S.r.l. v. Italy*, 27 settembre 2011, le sanzioni fiscali, Corte EDU, *Segame SA v. France*, 7 giugno 2012, o le sanzioni irrogate dall'autorità di settore delle telecomunicazioni ad un'emittente radio-televisiva, Corte EDU, *Sigma Radio Television Ltd. v. Cyprus*, 21 ottobre 2011) o di "determinare" un diritto o un obbligo di natura civile, anche al di là dei diritti soggettivi o degli obblighi nell'ordinamento italiano (a mero titolo d'esempio, l'autorizzazione al pensionamento anticipato di un disabile richiesta dal datore di

In questi casi, però, la violazione delle garanzie procedurali nel procedimento amministrativo può essere compensata *ex post*, nel processo celebrato sul provvedimento: il rispetto delle garanzie delle procedurali nel processo sul provvedimento amministrativo evita allo Stato aderente alla Convenzione la condanna per violazione dell'art. 6 della Convenzione EDU. Ciò a condizione che in tale processo il giudice (solitamente amministrativo) eserciti la *full jurisdiction*¹⁵.

Secondo la tesi che si sta esaminando, questa giurisprudenza richiederebbe che il giudice amministrativo chiamato a compensare la violazione delle garanzie procedurali nel procedimento amministrativo debba avere pieno accesso al fatto e potersi sostituire al giudizio tecnico o opinabile e alla decisione discrezionale dell'amministrazione¹⁶, ossia che la *full jurisdiction* richiesta dalla giurisprudenza della Corte EDU equivalga alla giurisdizione estesa al merito¹⁷. Sicché, ogni volta che l'art. 6 della Convenzione EDU risulta applicabile al procedimento amministrativo e in questo non vengono apprestate tutte le garanzie di cui all'art. 6 della Convenzione EDU, il giudice ammini-

lavoro prevista dal diritto austriaco, Corte EDU, *Obermeier v. Austria*, 28 giugno 1990; l'espropriazione di un terreno per la costruzione di un'autostrada, Corte EDU, *Zumtobel v. Austria*, 21 settembre 1993; il diniego di permesso di costruire, Corte EDU, *Ortenberg v. Austria*, 25 novembre 1994; i provvedimenti di vigilanza sulle banche, Corte EDU, *Credit and Industrial Bank v. the Czech Republic*, 21 ottobre 2003; Corte EDU, *Družstevní Záložna Priea and Others v. the Czech Republic*, 31 luglio 2008; l'esclusione da una gara di appalto per lavori pubblici per ragioni di sicurezza nazionale, Corte EDU, *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom*, 10 luglio 1998.

Questa giurisprudenza ha scopo antielusivo: M. Allena, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 1608 s.

¹⁵ La prima sentenza della Corte EDU in questo senso è *Albert and Le Compte v. Belgium*, 10 febbraio 1983, par. 29.

¹⁶ F. Goisis, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, cit., par. 8.

¹⁷ M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, 206 ss.; F. Goisis, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, cit., par. 8.

strativo deve esercitare la giurisdizione estesa al merito. Come si è detto, l'art. 6 della Convenzione EDU trova applicazione a moltissimi procedimenti amministrativi. Tuttavia, ad eccezione di casi marginali, quantomeno la garanzia della pubblica udienza e quella della distinzione tra organo istruttore (che propone la “domanda”) e organo competente a decidere risultano violate nel procedimento amministrativo. Sicché, secondo questa tesi, in base all'art. 6 della Convenzione EDU, nella maggior parte dei giudizi amministrativi il giudice dovrebbe esercitare il sindacato sostitutivo (purché tale sindacato sia sollecitato dal ricorrente, tramite la sua domanda).

La Convenzione EDU, come interpretata dalla Corte EDU, è norma interposta nel giudizio di legittimità costituzionale: integra l'art. 117, co. 1, della Costituzione ed è, dunque, parametro di legittimità costituzionale nell'ordinamento italiano¹⁸. Ergo, ogni volta che queste controversie ricadono in una materia di giurisdizione di legittimità, le norme del processo amministrativo che vietano al giudice il sindacato sostitutivo sarebbero illegittime per violazione dell'art. 117, co. 1, della Costituzione, integrato dall'art. 6 della Convenzione EDU.

Questa interpretazione si espone ad una serie di obiezioni¹⁹. La principale è che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha a più riprese chiarito, ormai anche con una sentenza della *Grand Chambre*, che la *full jurisdiction* non consiste nella sostituzione del giudice all'amministrazione, ma in una «*sufficient review*» – ossia in un sindacato confutatorio²⁰.

¹⁸ Corte cost., sentenze n. 348 e n. 349 del 2007.

¹⁹ Sulle quali sia consentito rinviare a F. Follieri, *La giurisdizione di legittimità come full jurisdiction*, in P.A. – *Persona e Amministrazione*, 2/2018, 133 ss.; Id., *Art. 6 CEDU ed equilibrio tra poteri dello stato. Dall'infungibilità dell'amministrazione all'infungibilità delle garanzie procedurali*, in A. Carbone (ed.), *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, Napoli, Jovene, 2020, 65 ss.; Id., *Art. 6 CEDU e pubblica amministrazione: dal procedimento al processo e ritorno*, in R. Martino, A. Panzarola e M. Abbamonte (eds.), *Procedimento e Processo. Metodi di ponderazione di interessi e risoluzione di conflitti*, Milano, Giuffrè, 2022, 347 ss.

²⁰ Corte EDU, *Sigma Radio Television Ltd. v. Cyprus*, 21 ottobre 2011, § 152 ss., ove

D'altro canto, nel nostro ordinamento non vige a livello costituzionale una riserva di amministrazione e non è espressamente prevista la separazione tra poteri (in senso rigoroso, ammesso che sia auspicabile o sia mai stata auspicata una separazione di questo tipo tra poteri). Sicché, ci si deve chiedere se sia compatibile con questo assetto dei poteri l'esclusione del sindacato sostitutivo del giudice amministrativo nella maggior parte dei casi.

Negli ordinamenti occidentali contemporanei i rapporti tra il potere giudiziario ed esecutivo sono orientati ad una progressiva parità: giurisdizione e amministrazione sono ormai poteri di pari rilievo dal punto di vista della dottrina dello Stato. Dalla parità tra giudice e

si legge che *«it can be derived from the relevant case-law that it is not the role of Article 6 of the Convention to give access to a level of jurisdiction which can substitute its opinion for that of the administrative authorities»* (§153), e che la Corte ha da sempre posto *«particular emphasis [...] on the respect which must be accorded to decisions taken by the administrative authorities on grounds of “expediency” and which often involve specialised areas of law»* (*ibidem*). In termini sostanzialmente identici si esprime anche Corte EDU, *Fazîa Ali v. the United Kingdom*, 25 ottobre 2015, § 77 ss. Da ultimo, Corte EDU, Grand Chambre, *Ramos Nunes de Carvalho e Sa v Portugal*, 6 novembre 2018, in un caso di applicazione dell'art. 6 della Convenzione EDU sotto il suo capo “penale”, ha rilevato che, anche prima dell'abolizione della Commissione, *«both the Commission and the Court have acknowledged in their case-law that the requirement that a court or tribunal should have “full jurisdiction” will be satisfied where it is found that the judicial body in question has exercised “sufficient jurisdiction” or provided “sufficient review” in the proceedings before it»* (§177) e che *«in adopting this approach the Convention organs have had regard to the fact that it is often the case in relation to administrative-law appeals in the member States of the Council of Europe that the extent of judicial review over the facts of a case is limited, and that it is characteristic of review proceedings that the competent authorities review the previous proceedings rather than taking factual decisions. It can be derived from the relevant case-law that it is not the role of Article 6, in principle, to guarantee access to a court which can substitute its own assessment or opinion for that of the administrative authorities. In this regard, the Court has placed particular emphasis on the respect which must be accorded to decisions taken by the administrative authorities on grounds of expediency and which often involve specialised areas of law»* (§178). Per una maggiore analisi di questi arresti, anche nel contesto di una puntuale analisi della giurisprudenza della Corte EDU (sulla base della quale è ragionevole ritenere che la Corte non abbia mai ritenuto necessaria la sostituzione del giudice all'amministrazione per garantire la *full jurisdiction*), sia consentito rinviare agli scritti citati alla nota precedente.

amministrazione si può legittimamente inferire che il giudice non possa essere subordinato alla p.a. e che dunque l'amministrazione non possa essere protetta dall'*ipse dixit*: tutti i giudizi dell'amministrazione possono e devono essere soggetti al sindacato giurisdizionale. Tuttavia, la parità implica che nemmeno la p.a. possa essere subordinata al giudice, come accadrebbe nel caso in cui il giudice sostituisse il suo giudizio ad ogni giudizio della p.a.: semplicemente il giudizio e la decisione della p.a., cioè l'esercizio del suo potere, verrebbero totalmente accantonati, per far spazio all'esercizio del potere giurisdizionale, chiamato a soverchiare quello dell'amministrazione. Se la giurisdizione potesse sostituire la decisione dell'amministrazione, la giurisdizione sarebbe cioè in una posizione di sovra-ordinazione quasi gerarchica rispetto all'amministrazione²¹. In altre parole, la "parità" tra giudice e amministrazione impedisce tanto la subordinazione del giudice all'amministrazione (*l'ipse dixit*), quanto la subordinazione dell'amministrazione al giudice (la sostituzione del giudice nella decisione discrezionale). In altre parole ancora, la parità tra giudice e amministrazione permette solo un sindacato confutatorio sul provvedimento discrezionale, ma impone che questo si estenda a tutti i giudizi dell'amministrazione e a tutti i livelli di giustificazione di quei giudizi: la parità tra amministrazione e giurisdizione richiede un sindacato confutatorio completo²².

²¹ Non a caso, il controllo di merito (tra amministrazioni), ormai scomparso, veniva considerato una relazione organizzativa assimilabile alla gerarchia.

²² Questa posizione sui limiti alla giurisdizione di legittimità non deve essere considerata una posizione "reazionaria". Come si è già avuto modo di evidenziare, il sindacato confutatorio può essere penetrante e profondo, purché il giudice non si ponga limiti di *self-restraint* ai livelli di giustificazione della decisione avverso cui il ricorrente può avanzare le sue confutazioni: cfr. F. Follieri, *La giurisdizione di legittimità come full jurisdiction*, cit., § 5.

3. *L'effettività del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità*

Ammettere che il giudice possa esercitare solo il sindacato confutatorio non riduce in alcun modo la pienezza della cognizione: a tutela della separazione dei poteri o della legittimazione politica o democratica delle decisioni discrezionali della p.a., l'ordinamento limita la *modalità* del sindacato, cioè la forma logica del giudizio sul provvedimento, non l'oggetto. Tuttavia, in nessun caso la p.a. può godere della protezione dell'*ipse dixit* rispetto alla confutazione del ricorrente. Infatti, impedire al ricorrente di censurare intere "aree" del provvedimento lo pone, per un verso, su un piano di disparità processuale rispetto all'amministrazione, in violazione dell'art. 111, co. 2, della Costituzione, secondo cui il contraddittorio nel processo deve essere assicurato in «condizioni di parità». Per altro verso, impedire al ricorrente di censurare profili della decisione dell'amministrazione viola l'art. 113, co. 2, della Costituzione: in questo modo, al ricorrente sono preclusi alcuni mezzi di critica (e non di sostituzione) al provvedimento amministrativo.

Tale impostazione presuppone, in primo luogo, che le censure contengano confutazioni, cioè consistano realmente in asserzioni che, se vere o corrette, sono incompatibili con la verità o la correttezza del giudizio dell'amministrazione²³. Delle asserzioni incompatibili il ricorrente deve poi essere in grado di dimostrare la verità o la correttezza, attraverso la produzione di prove precostituite o l'istanza per l'assunzione di prove costituende. Se il ricorrente non riesce a formulare asserzioni (potenzialmente) confutatorie, ma tenta di sostituirsi all'amministrazione, oppure non riesce a dimostrarne la fonda-

²³ Per un approfondimento sullo statuto logico delle confutazioni nel contesto del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo, sia consentito rinviare nuovamente a F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, cit., 450 ss. (in relazione alle qualificazioni dei presupposti), 499 ss. (in relazione alla scelta della misura da adottare), 528 ss. (in relazione al bilanciamento di interessi).

tezza, le relative censure devono essere rigettate, rispettivamente, per inammissibilità o infondatezza. Tale impostazione, cioè, impone innanzitutto al ricorrente l'onere di formulare censure adeguate e di approntare i relativi argomenti.

Tale impostazione, poi, non comporta l'eliminazione di ogni limite alla giurisdizione di legittimità o, se si vuole, l'"azzeramento" del merito amministrativo²⁴. I margini di confutabilità di un giudizio dal punto di vista "sostanziale" dipendono infatti da quanto sono stringenti i criteri della disciplina alla luce della quale devono essere formulati i giudizi categorici dell'amministrazione e i criteri di proporzionalità (o ragionevolezza) alla luce dei quali devono essere decise le misure e bilanciati gli interessi in gioco. Per i giudizi categorici, più il criterio è vago, più il giudizio è opinabile, più si restringono le possibilità di confutazione e di conseguenza si amplia l'area nella quale è indecidibile se la soluzione adottata dall'amministrazione è scorretta e dunque illegittima. Tale vaghezza dipende sia dal legislatore, sia dalla scienza, dalla tecnica o dall'arte cui il legislatore fa riferimento. Sicché l'ambito di inconfutabilità, cioè l'ambito rispetto al quale non si può dire che la soluzione dell'amministrazione sia scorretta varia da caso a caso. Per i giudizi sulla misura e sul bilanciamento di interessi, invece, i criteri sono predeterminati una volta per tutte dall'ordinamento: i vari test di proporzionalità²⁵. Questi trovano un limite in relazione alla determinazione dell'assetto di interessi da perseguire: se infatti può ritenersi sproporzionato il bilanciamento nel quale l'importanza del sacrificio imposto all'interesse recessivo non è

²⁴ È stata, invero, messa in discussione la dimensione "sostanziale" del merito amministrativo: B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013. Per un'opinione che conserva un ruolo di diritto sostanziale al merito, si veda L. Benvenuti, *Breve divagazione in tema di merito amministrativo. A proposito di un libro recente*, in *Diritto pubblico*, 2016, 795 ss.

²⁵ E, ove applicabile, del criterio di precauzione. Sul ruolo della precauzione nel bilanciamento, sia consentito rinviare a F. Follieri, *Decisione precauzionali e Stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare (II parte)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2017, 76 ss.

almeno pari all'importanza della soddisfazione dell'interesse preferito²⁶, qualora l'importanza del sacrificio e della soddisfazione degli interessi incompatibili siano pari non v'è spazio per la confutazione²⁷. In questo peculiare caso, si tratta di una scelta eminentemente politica. Anche in questo caso, dunque, v'è un margine di inconfutabilità, nel quale il giudice non può "entrare" tramite il sindacato confutatorio. Detto altrimenti, tramite la "verifica" delle confutazioni del ricorrente, il giudice è in grado di stabilire quando la decisione discrezionale dell'amministrazione è illegittima, ma solitamente non di individuare una sola alternativa legittima²⁸. Il che è esattamente quanto richiesto al giudice nel giudizio sul provvedimento: decidere se il provvedimento è illegittimo, sulla base delle censure del ricorrente, non se il provvedimento è legittimo²⁹.

²⁶ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M., 1994, II ed., trad. it. a cura di L. Di Carlo, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 2012, 189. Per maggiori dettagli, sia nuovamente consentito rinviare a F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, cit., 535 ss.

²⁷ Quando l'importanza del sacrificio dell'interesse recessivo è inferiore all'importanza della soddisfazione dell'interesse preferito, infatti, la censura è semplicemente infondata.

²⁸ In questo senso, il "problema giudiziario" mira a confutare, secondo le indicazioni del ricorrente, la soluzione data al "problema amministrativo" dall'autorità: F. Ledda, *Efficacia del processo ed ipotesi degli schemi*, in *Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace. Atti del Convegno di Messina, 15-16 aprile 1988*, Milano, Giuffrè, 1993, ora in Id., *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 307 e 317 ss. (con riguardo al sindacato di legittimità). La distinzione fra problema giudiziario e problema amministrativo è presente anche in Id., *La concezione dell'atto amministrativo*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace (eds.), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, Maggioli, 1987, vol. II, 801 s.; Id., *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996, ora in Id., *Scritti giuridici*, cit., 373 ss.; Id., *La Giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, *ivi*, 391 ss.; Id., *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2001, 118 ss..

²⁹ In questo senso, a proposito del giudizio sul provvedimento amministrativo, si vedano, senza pretesa di completezza, F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953, 50 ss.; R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio*

Tuttavia, il giudice amministrativo italiano spesso si rifiuta di esercitare il sindacato confutatorio. Troppo di frequente dinanzi a giudizi opinabili o a decisioni discrezionali dell'amministrazione il g.a. auto-limita il suo sindacato all'ipotesi di "manifesta irragionevolezza", "manifesta illogicità" o "manifesta irrazionalità". Formule che in realtà, nella maggior parte dei casi, nascondono semplicemente il rifiuto di sindacare quei giudizi e quelle decisioni dell'amministrazione. Fulgido esempio di questa pratica è la giurisprudenza sulla valutazione di congruità delle offerte nelle gare per l'affidamento di contratti pubblici: quelle formule sono utilizzate come clausole di stile per escludere il sindacato sulla valutazione condotta dall'amministrazione sulla cosiddetta anomalia dell'offerta³⁰.

L'atteggiamento di *self restraint* del giudice amministrativo poi travalica la giurisdizione di legittimità: lo si ritrova anche nelle materie di giurisdizione estesa al merito. In una relativamente recente sentenza, la Sezione VI del Consiglio di Stato si è misurata sui limiti del sindacato sulle valutazioni "tecniche" dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'irrogazione di sanzioni antitrust³¹. Lo ha fatto approfondendo, anche in maniera puntuale (in una certa prospettiva concettuale), quali giudizi dell'autorità potessero essere sindacati tramite il sindacato confutatorio, ripercorrendo le varie alternative tra sindacato intrinseco, estrinseco, forte o debole. E ha concluso nel senso che il giudice amministrativo, in quei casi, può esercitare il sindacato di "maggiore attendibilità". Tuttavia, la questione dei limiti del sindacato del giudice amministrativo sulle sanzioni delle autorità amministrative indipendenti non avrebbe dovuto essere nemmeno

di Stato, Milano, Giuffrè, 1971, 515 ss.; M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, 129 ss.; L. Bertonazzi, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, Giuffrè, 2005, 340 ss.; C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, Cedam, 2005, 152 ss.

³⁰ Cfr. a mero titolo d'esempio, Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2020 n. 2761; Cons. Stato, Sez. VI, 3 dicembre 2018 n. 6689; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 3 luglio 2020 n. 7648.

³¹ Cons. Stato, Sez. VI, 19 luglio 2019 n. 4990.

essere una questione da esaminare: in base all'articolo 134, co. 1, lett. c), del codice del processo amministrativo, il giudice amministrativo ha giurisdizione estesa al merito sulle sanzioni delle autorità amministrative indipendenti devolute alla sua cognizione. In quelle controversie, il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione, dunque può esercitare il sindacato sostitutivo, non solo quello confutatorio. Rispetto alle autorità amministrative indipendenti, poi, non viene nemmeno in rilievo il tema della deferenza nei confronti dell'autorità amministrativa legittimata dal punto di vista politico. E tuttavia il giudice amministrativo auto-limita il proprio sindacato.

Questa è una ritrosia che in verità emerge sempre più spesso nella giurisprudenza recente laddove, almeno ad un lettore "posteriore" come chi scrive, le decisioni dei giudici amministrativi del passato sembrano molto più "coraggiose" nei confronti dell'amministrazione. È una questione di cultura e di contesto: forse comprensibilmente, i giudici amministrativi additati dalla politica (cioè dagli esponenti di quel potere esecutivo su cui dovrebbero giudicare) come la causa della lentezza dell'azione amministrativa e della sua inefficacia, hanno reagito proteggendo sempre di più la pubblica amministrazione per evitare di essere soppressi.

Se questa chiave di lettura behavioristica³² delle decisioni dei g.a. è corretta, allora il g.a. ha intrapreso la strada di assecondare l'autorità,

³² Le teorie behavioristiche della decisione tentano di rispondere alla domanda "come decide il giudice", una volta prestata adesione alla tesi fondamentale del realismo giuridico americano, ossia che non vi sono norme giuridiche prima della decisione del giudice (o del funzionario munito di autorità). Per questa premessa, si vedano J. Frank, *Law and the Modern Mind*, New York, Anchor Books, 1930; Id., *If Men were Angels*, New York, Harper and Brothers, 1942; Id., *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, 1949; nonché K. N. Llewellyn, *The Brumby Bush. On our Law and its Study*, New York, Oceana Publications, 1951; Id., *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, Chicago University Press, 1962. Cfr. anche G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962. Per un *excursus* ad ampio spettro sulle teorie behavioristiche della decisione, cfr. R.A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge- London, Harvard University Press, 2008, 19 ss.

per evitare la soppressione. Lo scopo è condivisibile, meno il percorso scelto. La gloriosa storia della giustizia amministrativa si regge infatti su un paradigma opposto: la giustizia amministrativa come baluardo dei cittadini contro l'autorità. Questo merito, ad esempio, ha permesso al Consiglio di Stato di "sopravvivere" anche come organo giurisdizionale nell'ordinamento repubblicano: era stata una delle poche istituzioni ad arginare il Fascismo e in particolar modo l'applicazione delle leggi razziali. Assecondando l'autorità, invece, il giudice amministrativo rischia di perdere questo merito e la fiducia dei cittadini. Se a ciò si aggiunge che la giustizia amministrativa non avrà mai la fiducia dell'autorità che controlla, si profila un futuro a tinte fosche per la giustizia amministrativa. Per evitare di essere soppressa, rischia di perdere l'unica difesa che ha contro la soppressione: assicurarsi la fiducia dei cittadini stagliandosi come presidio di tutela effettiva contro la p.a.

Anche per questo si deve combattere la battaglia dogmatica, culturale e pratica per vincere le resistenze del giudice amministrativo nell'esercizio di un pieno sindacato confutatorio: ne va della sopravvivenza della giurisdizione amministrativa come giurisdizione speciale; ne va della sopravvivenza del diritto amministrativo come garanzia di libertà.

LES POUVOIRS D'URGENCE DU JUGE ADMINISTRATIF FRANÇAIS

Pascal Caille

Professeur de droit public à l'Université de Lorraine

SOMMAIRE : 1. Introduction. - 2. Les conditions de mise en œuvre des pouvoirs d'urgence. - 2.1. La constante : l'urgence. - 3. La nature des pouvoirs d'urgence. - 3.1. Le caractère provisoire des mesures ordonnées. - 3.2. Les pouvoirs d'injonction reconnus au juge. - 4. Conclusions.

1. *Introduction*

Un quart de siècle a transformé l'état du droit des procédures d'urgence en contentieux administratif français, au point de faire perdre de vue le progrès considérable que la loi du 30 juin 2000 a pu constituer. Jusqu'alors, les critiques formulées à l'encontre étaient non seulement récurrentes mais également parfaitement justifiées.

On rappellera brièvement ici que trois procédures existaient, en l'occurrence la procédure de sursis à exécution, le référé administratif, et le constat d'urgence.

La procédure de sursis à exécution devait permettre au juge administratif de prononcer le sursis à exécution d'une décision administrative jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la légalité de celle-ci. Déjà faut-il insister sur le fait que cette procédure ne concernait que les seules décisions administratives, à l'exclusion donc des comportements de l'administration, exécutoires de surcroît, ce qui évinaient les décisions de rejet¹, lesquelles n'étaient pas de nature à

¹ CE, Ass., 23 janvier 1970, *Ministre d'Etat chargé des Affaires sociales c. Amoros*, n°

être exécutées. Mais encore faut-il ajouter que deux conditions devaient être satisfaites pour que le sursis eût une chance d'être prononcé. D'une part, l'un des moyens au moins formulés par le requérant à l'appui de sa demande au principal devait paraître sérieux en l'état de l'instruction. Le juge du sursis à exécution restait un juge de l'évidence, et seules les décisions dont l'illégalité était vraisemblablement acquise pouvaient ainsi voir leur exécution entravée. D'autre part, il fallait que l'exécution de la décision litigieuse eût présentée le risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables. Autrement dit, la demande de sursis à exécution était vouée au rejet toutes les fois où la réparation pécuniaire ne pouvait être suffisante ou complète. Et bien qu'évolutive, cette notion de préjudice difficilement réparable restait un verrou au sursis dans un nombre significatif de cas. Ainsi, si le sursis pouvait être ordonné, par exemple, contre une décision de déboisement, il en allait autrement dans la plupart des hypothèses, ne serait-ce parce que le préjudice à redouter était le plus souvent de nature à être réparé par l'allocation de dommages-intérêts.

Le référé administratif permettait au juge d'ordonner toute mesures utiles sans faire préjudice au principal ni faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative. Séduisantes à première lecture, les dispositions organisant ce référé n'en étaient pas moins difficiles à mettre en œuvre. Les conditions – cumulatives ici encore – d'utilité de la mesure demandée, d'urgence, d'inclusion de la mesure sollicitée dans le champ des pouvoirs dévolus au juge administratif, et d'absence de préjudice au principal, étaient appréhendées par le Conseil d'Etat dans des termes en restreignant la portée.

Le constat d'urgence était la troisième procédure d'urgence organisée. Elle permettait de faire ordonner par le juge la constatation d'une situation de fait. De manière faussement paradoxale, c'était sans doute la procédure la plus efficace parmi les trois car la plus rapide et, surtout, la plus susceptible de prospérer. Quoi de plus normal, somme toute, à ce que la procédure entravant le

77861, Rec. ; in *AJDA*, 1970, 174, note X. Delcros ; in *AJDA*, 1970, 609, chron. D. Labetoulle et P. Cabanes ; in *RDP*, 1970, 1035, note M. Waline.

moins l'action administrative soit la moins sujette à conditions de mise en œuvre ?

Ce survol de l'état du droit initial permet de mieux comprendre l'évolution de la procédure administrative contentieuse. On concèdera qu'il est toujours plus simple d'identifier les raisons d'une réforme et d'en percevoir l'avènement après sa concrétisation. Toutefois, l'insatisfaction des auteurs étaient palpables, qui dénonçaient l'existence de procédures aux conditions de mise en œuvre excessivement restrictives les rendant finalement peu utiles. Or, tant il est vrai que « le signe extérieur d'une bonne justice, c'est l'excellence de ses procédures d'urgence »², cette réforme devenait nécessaire. Elle l'était d'autant plus que par la loi du 8 février 1995 reconnaissant des pouvoirs d'injonction au juge administratif à l'encontre de l'administration, le législateur français avait créé les conditions d'une justice administrative nettement plus efficace, en phase avec les préoccupations contemporaines.

Inéluctable, la réforme des procédures d'urgence est intervenue avec la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

Trois référés urgence sont aujourd'hui organisés par le code de justice administrative : le référé suspension (qui succède au sursis à exécution), le référé mesures utiles (ou référé conservatoire) et, parfaite nouveauté : le référé liberté. On précisera qu'il ne s'agit là des référés urgence de droit commun, d'autres référés urgence pouvant être organisés par les textes. C'est notamment le cas de procédures propres au droit des étrangers ou au droit de l'environnement, trop spécifiques et trop ponctuelles pour mériter d'être évoquées davantage ici.

Pour s'en tenir donc au droit commun, l'avènement des référés urgence a constitué un progrès majeur du contentieux administratif français, à un double point de vue. D'une part, en effet, les conditions

² R. Chapus, *Rapport de synthèse*, in *Actes du Colloque du 30^{ème} anniversaire des tribunaux administratifs*, CNRS, 1986, 338.

de mise en œuvre du référé suspension et du référé mesures utiles sont plus souples que celles des référés qui existaient auparavant. D'autre part, la coexistence de ces trois référés permet une couverture complète du champ d'action de l'administration, en sorte que le justiciable est à présent en mesure d'obtenir, à bref délai, une injonction d'agir ou une décision de suspendre l'exécution d'une décision administrative.

Un tour d'horizon du système mis en place par le législateur français sera utilement fait en observant les conditions de mise en œuvre des pouvoirs d'urgence (2) et la nature des pouvoirs d'urgence conférés au juge administratif (3).

2. Les conditions de mise en œuvre des pouvoirs d'urgence

Comme on peut s'en douter sans effort, la circonstance que le législateur ait organisé trois référés distincts emporte des différences dans les conditions de mise en œuvre de ses pouvoirs d'urgence par le juge. On ne sera toutefois pas surpris de ce qu'une constante existe, en l'occurrence d'existence d'une urgence (2.1). A cette constante s'ajoute une variable, qui réside dans la situation (2.2).

2.1. La constante : l'urgence

La demande adressée au juge des référés doit être motivée par l'urgence de la situation. C'est une constante qui cède toutefois immédiatement à la nuance. On ne saurait en effet appréhender cette notion d'urgence comme un bloc homogène car celle-ci diffère suivant le fondement sur lequel le juge administratif est saisi.

Suivant la jurisprudence du Conseil d'Etat, la condition d'urgence doit s'apprécier de la même manière en référé suspension et en référé mesures-utiles. A peine la loi du 30 juin 2000 était-elle entrée en vigueur qu'il s'est agi d'en donner une définition, le législateur n'ayant pas jugé bon d'y procéder lui-même. C'est donc au Conseil d'Etat qu'a incombé la charge de préciser les contours de l'urgence en

référé suspension, lesquels contours seront par la suite étendus au référé mesures-utiles. Et le Conseil d'Etat de décider que « la condition d'urgence à laquelle est subordonné le prononcé d'une mesure de suspension doit être regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre »³. Prenant assurément acte de la volonté du législateur de faire sensiblement évoluer l'état du droit, le Conseil d'Etat a renoncé dans cette même décision à la limite antérieurement retenue relative à l'exigence d'un préjudice difficilement réparable, en énonçant que l'urgence pouvait être caractérisée « alors même que [la décision litigieuse] n'aurait un objet ou des répercussions que purement financiers et que, en cas d'annulation, ses effets pourraient être effacés par une réparation pécuniaire ».

La notion d'atteinte suffisamment grave à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre relève de la casuistique et il est périlleux de tenter d'opérer des systématisations. A grands traits, on relèvera que la simple gêne pour l'administré ne traduit pas une situation d'urgence. En outre, la nature de l'intérêt lésé influe sur le degré de gravité de l'atteinte aux yeux du juge. Les effets d'une décision seront plus ou moins graves suivant qu'il s'agit de porter atteinte à l'exercice d'une activité professionnelle ou d'une activité de loisir⁴.

On ajoutera qu'il existe même des présomptions d'urgence, lesquelles peuvent même être législatives, dans des hypothèses certes assez rares⁵. Il y a une présomption d'urgence, en référé

³ CE, Sect., 19 janv. 2001, *Confédération nationale des radios libres*, n° 228815, *Rec.*, 29, concl. L. Touvet ; in *RFDA* 2001, 378, concl. L. Touvet ; in *AJDA*, 2001, 150, chron. M. Guyomar et P. Collin.

⁴ CE, 19 sept. 2001, *Jeandot*, n° 237328, *Rec.*, T., 1112.

⁵ C'est le cas, par exemple, en matière de référé mesures utiles en cas de requête relative à une occupation non autorisée de la zone des cinquante pas géométriques, sur le fondement de l'article L. 521-3-1 du code de justice administrative.

suspension, lorsque l'exécution de la décision administrative avant que le juge ne statue au principal aurait pour effet de rendre son annulation ou sa réformation platonique. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'il y a une présomption d'urgence à suspendre les effets d'une décision administrative autorisant l'abattage d'arbres⁶, la fiction juridique de l'annulation n'allant pas jusqu'à permettre de faire repousser lesdits arbres... Il y a également une présomption d'urgence lorsque la mise en œuvre de l'annulation emporterait des inconvénients excessifs. Par exemple, il est urgent de suspendre les effets d'une autorisation de construire avant la réalisation de l'ouvrage plutôt que d'envisager sa démolition en cas d'annulation ultérieure du permis⁷. Il y a encore présomption d'urgence lorsque la demande de suspension d'une décision de préemption émane de l'acquéreur évincé⁸ mais non lorsque la demande de suspension est formulée par le vendeur⁹.

Deux précisions toutefois... D'une part, la présomption d'urgence n'est pas absolue et l'administration peut, en défense, démontrer que la situation d'urgence n'est pas caractérisée¹⁰. D'autre part, la présomption cède en toute hypothèse lorsque la décision a déjà été exécutée¹¹.

En référé liberté, l'appréciation de l'urgence sera beaucoup plus exigeante. Ici encore, aucune définition n'a été donnée par le législateur. A bien regarder la jurisprudence cependant, il ressort qu'il doit s'agir d'une situation d'extrême urgence. Pour dire les choses autrement, la situation doit être suffisamment grave pour justifier une intervention du juge dans les 48 heures qui suivent sa saisine. Il n'y a là rien que de très logique : à défaut d'une telle gravité,

⁶ CE, 9 juin 2004, *Eoux Magniez*, n° 265457, *Rec.*, T., 821.

⁷ CE, 27 juill. 2001, *Commune de Tulle c. Consorts Dufour*, n° 230231, *Rec.*, T., 1115.

⁸ CE, 13 nov. 2002, *M. Hourdin*, n° 248851, *Rec.*, 396.

⁹ CE, 14 nov. 2003, *Mlle Colladant*, n° 258248, *Rec.*, T., 924.

¹⁰ Par ex., CE, 7 mai 2002, *Ministre de l'Intérieur c. Ouakid*, n° 245659, *Rec.*, T., 870.

¹¹ CE, 26 mai 2004, *Sté Alsatia*, n° 260462.

il appartient au requérant d'exercer, suivant qu'il existe une décision administrative ou non, un référé suspension ou un référé mesures-utiles.

Nécessaire, la situation d'urgence exigée pour chaque référé évoqué n'en est pas pour autant suffisante, et ce à un triple titre.

D'abord, il importe de rappeler que, suivant une jurisprudence déjà ancienne que la réforme n'a pas remise en cause, la suspension des effets d'une décision administrative n'est pour le juge « qu'une simple faculté »¹². L'urgence est ainsi appréciée globalement et la prise en considération par le juge de l'argumentation de la défense ou des pièces du dossier peut le conduire à estimer que l'atteinte suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre, se trouve contrebalancée par un autre intérêt, au point qu'il n'y a pas urgence à prononcer la suspension¹³. Par exemple, le Conseil d'Etat a conclu au défaut d'urgence à suspendre une délibération du conseil municipal approuvant la création d'une aire d'accueil des gens du voyage sur une parcelle boisée, compte tenu de ce que la délibération avait pour but de mettre la commune en conformité avec la loi et de prévenir les atteintes à la salubrité publique et les conflits de voisinage¹⁴. Cette mise en balance des intérêts ne conduit pas à sacrifier les droits des requérants. Elle conduit simplement à envisager la situation suivant un schéma déjà connu sous l'empire du sursis à exécution : la plupart des préjudices peut trouver à être compensée par une réparation pécuniaire. La circonstance que certaines décisions ne soient pas suspendues pour satisfaire l'intérêt général est donc d'autant plus admissible que le requérant trouvera une forme de compensation

¹² CE, Ass., 2 juill. 1982, *Huglo et a.*, n° 25288 ; in *AJDA*, 1982, 257, concl. J. Biancarelli et note B. Lukaszewicz ; *D.* 1983, 327, note O. Dugrip.

¹³ CE, Sect., 28 févr. 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes et Sté Sud-Est Assainissement*, n°s 229562, 229563 et 229721, *Rec.*, 109 ; in *AJDA*, 2001, 461, chron. M. Guyomar et P. Collin ; in *RDP*, 2001, 758, note C. Guettier.

¹⁴ CE, 10 déc. 2001, *Commune de Saint-Jean-de-Luz*, n° 235818, *Rec.*, T., 1110 ; in *BJDU* 2001, 469, concl. F. Sénors.

dans l'hypothèse où l'illégalité sera ultérieurement sanctionnée par le juge.

Ensuite, le comportement de l'administré sera pris en considération par le juge des référés : lorsque le préjudice suffisamment grave et immédiat lui est « exclusivement imputable », il ne saurait en principe obtenir la suspension de l'acte. Tel est le cas lorsque la demande a été tardivement adressée à l'administration¹⁵ ou lorsque le temps écoulé entre la date d'enregistrement de la requête au principal et celle du référé suspension traduit un défaut d'urgence¹⁶.

Enfin, à la condition d'urgence s'ajoutent d'autres conditions, lesquelles constituent la variable des référés urgence.

2.2. *La variable : La situation*

C'est du point de vue de la variable qu'on observe la complémentarité des référés urgence.

Le référé suspension et le référé mesures-utiles s'excluent mutuellement. Soit l'objet du litige est l'exécution d'une décision l'on demandera sa suspension jusqu'à ce que le juge se prononce sur la requête en annulation ou en réformation. Soit il n'existe pas de décision et l'on pourra demander au juge d'ordonner une mesure utile.

Il faudra, en référé suspension, démontrer l'existence d'un doute sérieux quant à la légalité de la décision. Il y a eu ici une avancée notable avec la loi du 30 juin 2000. En effet, jusqu'alors, le sursis à exécution supposait de démontrer l'existence d'un moyen sérieux à l'encontre de la décision litigieuse. Le passage à un doute sérieux traduit un changement d'office pour le juge des référés. Depuis 2000, le juge du référé suspension n'est plus le juge de l'évidence mais le juge de la vraisemblance. La certitude quant à l'illégalité de

¹⁵ CE, 23 avr. 2003, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c. Theate*, n° 252755.

¹⁶ CE, 14 sept. 2001, *M. Van de Walle*, n° 238110, *Rec.*, T., 1111.

la décision n'est plus requise. Le simple doute, même si celui-ci doit être suffisamment consistant, suffit.

Il s'agira, en référé mesures utiles, de démontrer l'utilité de la mesure demandée au juge en urgence, sans jamais faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative. La demande pourra consister, par exemple, à ce que le juge ordonne la communication d'un document administratif en vue d'exercer un recours, à condition alors que le juge n'ait pas déjà été saisi de ce recours à peine de rendre inutile la demande en référé. Elle pourra encore consister à ordonner la prise de mesures conservatoires tendant à la sauvegarde des personnes ou des biens.

Le référé liberté, quant à lui, reste autonome. Parce qu'il permet d'obtenir satisfaction, le cas échéant, dans les 48 heures, le référé liberté doit rester une voie de droit exceptionnelle ouverte aux hypothèses d'illégalités les plus graves. Ainsi, aux termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le juge du référé liberté « peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale ».

Remarquable de complétude, cette disposition réserve donc l'exercice du référé liberté aux décisions et aux comportements portant une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. La notion de liberté fondamentale au sens de cette disposition est limitée aux droits et libertés constitutionnellement ou conventionnellement garantis. La liste n'a cessé de s'étendre depuis l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000. Sans exhaustivité, on citera ici le droit de propriété privée et publique, la présomption d'innocence, le droit d'asile, la liberté d'expression, la liberté d'aller et venir, ou encore le droit à la vie.

Encore faut-il qu'une atteinte grave et manifestement illégale ait été portée à la liberté fondamentale en question, ce qui laisse perplexe à certains égards. Comment, en effet, concevoir qu'une atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale puisse ne pas être

grave ? Une échelle de gravité existe pourtant. C'est ainsi que, dans le droit fil de l'esprit qui a toujours animé sa jurisprudence, la juridiction administrative considère que les illégalités externes ne sont pas, en principe, susceptibles de constituer une atteinte grave à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Ainsi, les vices de procédure¹⁷ et de forme¹⁸ ne sont pas en principe de nature à justifier l'intervention du juge du référé liberté. En outre, le Conseil d'Etat admet que des restrictions soient apportées, par application de la loi, à l'exercice d'une liberté fondamentale, celles-ci n'étant alors pas vues comme constitutives d'une atteinte grave. Par exemple, l'atteinte à la liberté d'entreprendre n'est pas suffisamment grave en cas d'exercice du droit de préemption par une commune, qui lui est conféré par la loi en matière d'urbanisme¹⁹. Au surplus, le juge administratif se refuse à faire primer en toute hypothèse la situation du requérant sur les autres intérêts en présence, même si l'une des libertés fondamentales qui le protègent est sévèrement atteinte. Ainsi, en dépit des atteintes au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre que comporte un tel acte, le Conseil d'Etat a jugé que la découverte d'un important dépôt de munitions en sous-sol justifie le retrait d'un arrêté autorisant la commercialisation des lots d'un lotissement et prévoyant la délivrance de permis de construire sur ces lots²⁰.

Encore faut-il enfin que l'atteinte soit le fait d'une autorité administrative dans l'exercice de ses fonctions, ce qui exclue conjointement les atteintes portées à une liberté fondamentale par une juridiction administrative et celles qui, en raison de leur nature, constituent une voie de fait. Sur ce point, cependant, on rappellera que de façon particulièrement discutable sur le plan des principes, le

¹⁷ CE, 30 mai 2002, *Commune de Gély-du-Fesc*, n° 247273.

¹⁸ CE, 26 nov. 2004, *Commune de Wingles*, n° 274226.

¹⁹ CE, 12 nov. 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, n° 239840.

²⁰ CE, 6 avr. 2001, *Ministre de l'Intérieur c. SARL « Le Vivier »*, n° 232124, *Rec.*, 186.

Conseil d'Etat a estimé que le juge du référé liberté pouvait être compétent y compris en cas de voie de fait²¹, au mépris de la volonté clairement exprimée en sens contraire par le législateur.

3. *La nature des pouvoirs d'urgence*

Compte tenu de la célérité de l'instance et des adaptations de la contradiction à l'urgence, il y aurait un danger pour la qualité de la justice administrative si le juge des référés pouvait se substituer au juge du principal. Cela explique que les mesures prises doivent rester provisoires (3.1). Mais il y aurait en sens inverse une déperdition de ces procédures si le juge des référés ne disposait pas de réels pouvoirs d'injonction (3.2).

3.1. *Le caractère provisoire des mesures ordonnées*

Aux termes de l'article L. 511-1 du code de justice administrative, « le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire ». Les mesures qu'il ordonne sont donc réputées conservatoires. Au demeurant, il lui est à tout moment possible, au vu d'un élément nouveau, de modifier les mesures qu'il avait ordonnées ou d'y mettre fin, conformément à l'article L. 521-4 du code.

Il en résulte que le juge des référés ne saurait annuler une décision administrative²². Il ne saurait pas davantage – car cela reviendrait somme toute au même – enjoindre à l'administration de retirer cette décision²³. On doit bien concéder ici que le caractère provisoire des mesures prises par le juge des référés peut parfois être plus théorique

²¹ CE, 23 janv. 2013, *Commune de Chirongui*, n° 365262, *Rec.*, 6 ; in *AJDA* 2013, 788, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; in *RFDA* 2013, 299, note P. Delvolvé.

²² CE, 24 janv. 2001, *Université Paris VIII Vincennes-Saint-Denis*, n° 229501, *Rec.*, 37.

²³ CE, 3 juill. 2003, *Commune de Colioure*, n° 257971, *Rec.*, T., 933.

que réel. En effet, au regard de leurs conséquences, certaines ordonnances ont un effet définitif en fait. Par exemple, l'intervention du juge du référé liberté en garantie du droit fondamental à mourir dans la dignité présente un caractère irréversible qu'une décision au principal ne pourra évidemment pas surmonter. Ceci explique au demeurant que pareille ordonnance soit souvent rendue en formation collégiale, par dérogation à la pratique du juge unique. Il vaut mieux, compte tenu de l'enjeu, que l'avis soit le plus éclairé qu'il est permis. On concèdera que, la plupart du temps, les hypothèses sont moins graves. C'est notamment le cas lorsque, sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, le juge ordonne la communication d'un document administratif. A supposer que la restitution soit ultérieurement décidée par le juge au principal, celle-ci sera de bien peu d'importance dès lors que le document aura pu être scanné ou photocopié dans l'intervalle. C'est encore le cas, toujours en référé mesure-utile, lors que l'expulsion d'un occupant du domaine public est ordonné. A supposer même que l'occupant évincé obtienne gain de cause au principal, sa réintégration sera le plus souvent compromise par une autre occupation autorisée dans l'intervalle, ce qui explique d'ailleurs que là où il s'agit en principe d'une faculté, le juge ne doit statuer dans ce type de contentieux qu'après avoir tenu une audience publique afin de renforcer utilement le caractère contradictoire de la procédure.

Le caractère provisoire des ordonnances rendues en référé a pour autre conséquence l'absence d'autorité de la chose jugée. Autrement dit, rien de ce sur quoi il aura été statué ne sera opposable dans le cadre d'une autre instance.

On rappellera qu'il ne faut toutefois pas confondre autorité de la chose jugée et caractère exécutoire d'une décision de justice. Dès lors qu'elle est revêtue de la formule exécutoire, une ordonnance du juge des référés doit être exécutée. L'administration ne saurait ainsi contourner l'obligation qui lui est faite de suspendre l'exécution d'une décision administrative en adoptant par la suite une même décision sans avoir remédié au vice que le juge des référés avait pris en considération pour prononcer la suspension.

Cette question du caractère exécutoire est exacerbée par l'existence de pouvoirs d'injonction et d'astreinte entre les mains des juges des référés. Loin d'être réservé au juge statuant au principal, les pouvoirs d'injonction en application des articles L. 911-1²⁴ et L. 911-2²⁵ du code de justice administrative sont également octroyés aux juges des référés, renforçant ainsi considérablement leur office.

3.2. *Les pouvoirs d'injonction reconnus au juge*

L'importance des pouvoirs d'injonction reconnus au juge des référés est déjà très nette en matière de référé suspension et de référé mesures utiles.

En référé mesures utiles, le juge peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative. C'est ainsi, par exemple, qu'il peut ordonner une expulsion du domaine public, la production de documents administratifs, ou encore qu'il soit mis fin au risque qu'une situation présente pour la sécurité des biens²⁶ ou des personnes²⁷. L'injonction de faire présente ici un intérêt certain.

En référé suspension, on pourrait penser que l'office du juge des

²⁴ « Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution ».

²⁵ « Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne à nouveau une décision après une nouvelle instruction, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision juridictionnelle, que cette nouvelle décision doit intervenir dans un délai déterminé ».

²⁶ CE, Sect., 18 juill. 2006, *Mme Elisondo Labat*, n° 283474, *Rec.*, 369 ; in *RFDA*, 2007, 314, concl. D. Chauvaux ; in *AJDA*, 2006, 1839, chron. C. Landais et F. Lenica ; in *RDJ*, 2006, 1267, note C. Guettier

²⁷ CE, Sect., 16 nov. 2011, *Ville de Paris et Sté d'économie mixte Parisienne*, n°s 353172

référés se réduirait à ordonner la suspension des effets de la décision administrative litigieuse. Il n'en est rien. Bien évidemment, le juge peut suspendre une décision positive. Mais encore, et alors que la jurisprudence écartait classiquement la possibilité de surseoir à l'exécution d'une décision de rejet²⁸, la loi du 30 juin a fait évoluer le droit. Cette répugnance à surseoir à l'exécution d'une décision de rejet s'expliquait par le fait que le juge administratif ne disposait pas de pouvoirs d'injonction à l'égard de l'administration. Depuis la loi du 8 février 1995, le juge administratif dispose de pouvoirs d'injonction.

Le juge des référés peut ainsi, si la suspension qu'il ordonne de la décision de rejet implique nécessairement que l'auteur de la décision attaquée prenne une mesure dans un sens déterminé, assortir la suspension de l'indication des obligations provisoires qui en découlent pour l'administration, sur le fondement de l'article L. 911-1 du code de justice administrative. Il peut se contenter d'ordonner à l'administration de réexaminer la demande qui lui a été adressée, sur le fondement de l'article L. 911-2. Et on constate d'ailleurs que l'administration peut être encline à modifier définitivement le sens de sa décision à cette occasion, situation particulièrement profitable au requérant qui obtient satisfaction, et la procédure au principal de prendre fin en raison de la situation de non-lieu qui survient.

En référé liberté, la prégnance et l'utilité des pouvoirs d'injonction du juge sont plus criantes encore. D'ailleurs peut-on souligner que, lors de la procédure d'adoption de la loi du 30 juin 2000, on avait d'abord envisagé de parler de « référé injonction ». C'est l'essence même de ce référé que de donner lieu à des injonctions. Injonction de faire ou de ne pas faire, dans le but de rétablir le requérant dans sa liberté fondamentale. Et le Conseil d'Etat de préciser que, dans l'hypothèse où une mesure de caractère provisoire n'est pas susceptible de faire disparaître l'atteinte grave et manifestement

et 353173, *Rec.*, 552, concl. D. Botteghi ; in *Dr. adm.*, 2012, n° 5, étude 10, note S. Bellier

²⁸ CE, Ass., 23 janvier 1970, *Ministre d'Etat chargé des Affaires sociales c. Amoros*, préc.

illégale à une liberté fondamentale, en particulier lorsque les délais dans lesquels il est saisi ou lorsque la nature de l'atteinte y fait obstacle, le juge des référés peut enjoindre à la personne qui est l'auteur de l'atteinte de prendre toute disposition de nature à sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale en cause²⁹.

4. *Conclusions*

En conclusion de ce survol des procédures d'urgence organisées par le contentieux administratif français, il est permis de dire que, théoriques et inconsistants des décennies durant, les pouvoirs d'urgence du juge administratif sont bel et bien devenus une réalité. Comme souvent, dans les premières semaines qui ont suivi la loi du 30 juin 2000, certains commentateurs nourrissaient quelques doutes quant à l'aptitude du juge à s'emparer de ces nouveaux outils. La crainte était sans doute que la révérence à l'endroit du privilège du préalable, la défiance à l'égard du juge unique, et une frilosité à l'égard du pouvoir d'enjoindre, ne réduisirent à néant les efforts du législateur. Il en n'a rien été. Les pouvoirs d'urgence du juge administratif sont devenus, pleinement de surcroît, une réalité.

Et voilà d'ailleurs que se profile une difficulté. Le succès des référés d'urgence est susceptible de se retourner contre eux. En première ligne, le référé liberté. La crise sanitaire nous a montré le nouveau rapport que le justiciable entretient aux voies de recours. Dans l'année qui a suivi la décision de confiner, 647 référés ont été enregistrés par le seul Conseil d'Etat. Le rapport au temps n'est plus ce qu'il était et le référé liberté de tendre dangereusement à être autre chose que ce qu'il doit. Il doit être une procédure d'extrême urgence. Il devient une voie de recours ordinaire. Comme l'énonce la sagesse populaire, le mieux peut être l'ennemi du bien...

²⁹ CE, 30 mars 2007, *Ville de Lyon c. Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Lyon*, n° 304053.

VERSO UNA RISCrittURA DEL GIUDIZIO CAUTELARE AMMINISTRATIVO

Vera Fanti

*Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli Studi
«G. d'Annunzio» di Chieti - Pescara*

SOMMARIO: 1. Premessa. Peculiarità dell'ordinamento italiano. – 2. Verso una «autonomia» della misura cautelare amministrativa. – 3. Recenti approdi giurisprudenziali in tema di ordinanza c.d. *remand*. – 4. Misura cautelare nei giudizi amministrativi in materia di PNRR. – 5. Misure cautelari nel giudizio amministrativo italiano e francese. Rapporto con l'articolo 6 CEDU.

1. *Premessa. Peculiarità dell'ordinamento italiano.*

Presupposto indispensabile per poter inquadrare e analizzare i poteri cautelari del giudice amministrativo nell'ordinamento italiano – proprio perché rappresenta una peculiarità propria del nostro sistema – è la qualificazione della situazione giuridica soggettiva del privato che si correla al potere amministrativo, situazione che sia nell'iter procedimentale dell'azione amministrativa (in cui emerge per la prima volta) e sia nella fase processuale, ovvero nel momento di reazione ad un potere svolto, denota tutta la sua peculiarità di situazione c.d. composita.

Come è noto, l'interesse legittimo è una situazione giuridica soggettiva e sostanziale, composto da due interessi: quello materiale o finale al bene della vita e quello alla legittimità dell'azione amministrativa.

Nel processo ordinario di cognizione ciò che rileva è l'interesse alla

legittimità dell'azione amministrativa, mentre l'interesse finale al bene della vita o interesse materiale non è oggetto diretto dell'accertamento che conduce all'accoglimento o meno del ricorso. Infatti, la tutela sul piano processuale si esplica sulla legittimità (o anche opportunità nella giurisdizione di merito) dell'atto amministrativo.

Ne consegue che l'interesse materiale resta esterno all'accertamento che svolge il giudice amministrativo, perché nel processo rileva l'interesse alla validità dell'azione amministrativa e solo su di esso si volge il giudizio teso ad affermare l'illegittimità o meno dell'attività amministrativa, anche se il ricorrente promuove l'azione per dare soddisfazione all'interesse materiale che è la ragione istitutiva del giudizio amministrativo¹.

Un discorso diverso merita la misura cautelare, un tempo unica e tipica, oggi atipica e correlata alla decisione sul ricorso²: infatti, nel processo cautelare il giudice procede ad un giudizio di relazionalità effettuato tra l'esecuzione del provvedimento ed il pregiudizio che si produce all'interesse materiale del ricorrente, per cui oggetto diretto e immediato della tutela che si realizza con la misura cautelare è l'interesse materiale di chi promuove l'azione.

Dunque, la possibilità di accoglimento dell'istanza di sospensione dell'atto impugnato deve essere relazionata non già all'atto impugnato, quanto all'interesse materiale del ricorrente. In altri termini, la misura cautelare ha una funzione strettamente strumentale alla decisione finale ed è volta ad evitare che, nelle more del giudizio, si producano effetti tali da incidere in modo definitivo sulla posizione di cui si chiede la tutela, potendo rendere inutile la stessa tutela giurisdizionale conseguibile con la sentenza di merito³.

¹ Per l'approfondimento e la ricostruzione della dottrina sull'argomento, sia concesso il rimando a V. Fanti, *E. Follieri tra diritto e processo amministrativo*, in *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio per Enrico Follieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 17 ss.

² Cfr. S. Foà, *Giustizia amministrativa, atipicità delle azioni ed effettività della tutela*, Napoli, Jovene, 2012, 74 ss.

³ Osserva E. Follieri, *Strumentalità ed efficacia «ex tunc» dell'ordinanza di sospensione*,

Quindi, la misura cautelare nel processo amministrativo, così come avviene nel processo civile, è volta a soddisfare l'esigenza di assicurare l'efficacia pratica del provvedimento giurisdizionale definitivo nel tempo occorrente per addivenirvi, poiché, come sosteneva Calamandrei «la necessità di servirsi del processo per ottener ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione»⁴.

In questa prospettiva, la celerità del processo si coniuga con l'effettiva tutela delle situazioni giuridiche dedotte in giudizio e il ricorrente, laddove ne abbia diritto, può avere già in sede cautelare la legittima aspettativa di ottenere il bene della vita cui aspira (per inciso, anche la celerità del processo può configurarsi come il bene della vita cui aspira il ricorrente).

2. *Verso una «autonomia» della misura cautelare amministrativa.*

Ciò premesso, esaminiamo in breve la disciplina attuale relativa al giudizio cautelare, per poi procedere ad una disamina degli sviluppi che potrebbero realizzarsi alla luce di recenti interventi giurisprudenziali e normativi, anche a livello europeo.

Come è noto, il codice del processo amministrativo (decreto legislativo n. 104/2010) ha mantenuto il carattere atipico delle misure cautelari, introdotto dalla legge n. 205 del 2000, dedicando ad esse una disciplina centrale, corposa ed esaustiva con una serie di disposizioni che vanno dall'articolo 55 all'articolo 62⁵. Il codice dedica alla

commento a Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 1984, n. 17, in Giurisprudenza italiana, 1985, III, I, 197 ss., che «proprio il collegamento con il giudizio di merito e la presenza legata alla definizione della lite, introduce, per il giudizio cautelare, il carattere della strumentalità, da intendersi nel senso che, sorto per assicurare l'effettività della tutela che potrà fornire la decisione finale, il risultato che consente di raggiungere non può essere diverso da quello ottenibile con la sentenza».

⁴ P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, Cedam, 1936, 176.

⁵ Sulla tutela cautelare nel processo amministrativo cfr. E. Follieri, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, Giuffrè, 1981, 1 ss.; Id., *La cautela*

tutela cautelare anche altre specifiche disposizioni, sparse qua e là nel testo e riferite a diverse fasi del processo, con l'intento di stabilire precise regole da cui sono rette le misure cautelari, senza peraltro operare alcun rinvio al codice di procedura civile come, invece, avviene in tante altre parti del codice del processo amministrativo in riferimento a vari istituti. La misura cautelare nel giudizio amministrativo, quindi, può essere considerata dotata oggi di piena e matura autonomia dal punto di vista della sua disciplina, grazie anche al notevole contributo che la dottrina e la giurisprudenza hanno rivolto a tale istituto.

Dalla lettura delle varie disposizioni normative che rappresentano il nucleo centrale della disciplina in tema di tutela cautelare (articoli 55 – 62), risulta evidente come la misura cautelare oggi non sia più una parentesi all'interno del giudizio amministrativo, a carattere eventuale e di rara applicazione. Attualmente essa rappresenta, come è stato sostenuto in dottrina⁶, uno snodo, un profilo centrale del processo per due ordini di motivi:

a) per la sua celerità, efficacia ed efficienza, potendo intervenire a tutela del ricorrente, sia conservando inalterata la situazione in attesa della decisione di merito, sia anticipando quest'ultima, potendo il giudice adottare qualunque misura ideata ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso, verificati i due presupposti del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*;

tipica e la sua evoluzione, in *Diritto processuale amministrativo*, 1989, 646 ss.; F.G. Scoca, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1983, 311 ss. Dopo il codice del processo amministrativo, tra gli altri, R. Cavallo Perin, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2010, 1165 ss.; M.A. Sandulli, *La fase cautelare*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2010, 1130 ss.; E. Follieri, *Le novità del codice del processo amministrativo sulle misure cautelari*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2011, 733 ss.; G. Clemente di San Luca, *Brevi note sulla tutela cautelare nel processo amministrativo dopo la entrata in vigore del Codice del 2010*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2015, 1025 ss.

⁶ E. Follieri, *Giustizia Amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, IX edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2023, 388 ss.

b) per costituire l'unica possibilità di far conoscere al giudice il ricorso, prima che sia fissata l'udienza di discussione.

Infatti, come recita il comma 12 dell'articolo 55: «In sede di esame della domanda cautelare il collegio adotta, su istanza di parte, i provvedimenti necessari per assicurare la completezza dell'istruttoria e l'integrità del contraddittorio». Inoltre, il secondo periodo del comma 2 dell'articolo 27 prevede che «Nelle more dell'integrazione del contraddittorio il giudice può pronunciare provvedimenti cautelari interinali».

Peraltro, mentre antecedentemente al codice del processo amministrativo era il ricorrente che chiedeva la misura cautelare in quasi tutte le controversie, a volte anche allo scopo di ottenere una trattazione del merito a breve, ora è lo stesso codice che incoraggia, per così dire, questa prassi. Infatti, come recita il comma 10, nella sua interezza, dell'articolo 55: «Il tribunale amministrativo regionale, in sede cautelare, se ritiene che le esigenze del ricorrente siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito, fissa con ordinanza collegiale la data della discussione del ricorso nel merito. Nello stesso senso può provvedere il Consiglio di Stato, motivando sulle ragioni per cui ritiene di riformare l'ordinanza cautelare di primo grado; in tal caso, la pronuncia di appello è trasmessa al tribunale amministrativo regionale per la sollecita fissazione dell'udienza di merito».

Da tutte queste disposizioni risulta, quindi, evidente come la camera di consiglio per l'esame della misura cautelare rappresenti un'importante occasione per l'integrazione del contraddittorio, l'acquisizione dell'istruttoria e la fissazione ravvicinata dell'udienza di trattazione⁷. Addirittura, in tale ipotesi, potrebbe sembrare residuale, se non addirittura superflua, la segnalazione dell'urgenza del ricorso che si fa con l'istanza di prelievo ai sensi del comma 2 dell'articolo 27 «La parte può segnalare l'urgenza del ricorso depositando istanza di prelievo».

⁷ Sempre E. Follieri, *ult. op. cit.*

Inoltre, la tutela cautelare, soprattutto in forza dei poteri di cui è attualmente titolare il giudice amministrativo, il quale non si limita più ad annullare, e quindi interinalmente a sospendere, il provvedimento amministrativo, è profondamente cambiata rispetto a quella che veniva delineata nella legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato.

Essa non solo si è modificata nei contenuti, a tutela del rapporto amministrativo e delle posizioni soggettive dedotte in giudizio, ma è cambiata necessariamente anche quanto alla valutazione dei presupposti processuali che debbono sussistere perché il giudice la accordi al ricorrente. Ciò si verifica, come si può desumere dalla giurisprudenza più recente che si analizzerà nel prosieguo, con particolare riferimento alla valutazione del *periculum in mora*, ovvero del pregiudizio grave ed irreparabile che il ricorrente asserisce di poter subire nel tempo intercorrente sino alla definizione del giudizio. Non è più sufficiente valutare in astratto se il pregiudizio lamentato sia effettivamente sussistente, ma è necessario che il giudice compia una valutazione complessiva, che tenga conto di tutti gli interessi sottostanti alla fattispecie dedotta, attraverso un bilanciamento delle diverse peculiarità della fattispecie concreta. Si tratta di una novità di rilievo che, anzi, dovrebbe essere implementata dalle Corti attraverso motivazioni più diffuse ed argomentate sul punto, pur tenendo conto dell'opportunità di una valutazione provvisoria e sintetica.

3. *Recenti approdi giurisprudenziali in tema di ordinanza c.d. remand.*

Un attento esame della più recente giurisprudenza permette di considerare la misura cautelare concessa dal giudice amministrativo addirittura uno strumento di soluzione efficiente, rapida e definitiva della controversia, caducando così la sua funzione ontologica, ovvero di provvedere in via interinale in attesa della definizione nel merito della controversia⁸. In questa prospettiva, il profilo del pregiudizio

⁸ È stato osservato in dottrina come la tecnica del *remand*, «assicurava una

grave ed irreparabile appare addirittura non più rilevante, in quanto, nelle ipotesi di sentenza semplificata, viene assorbito l'ordinario giudizio di cognizione che, al contrario, rimane necessario solo per i processi particolarmente complessi.

Si pensi, ad esempio, a recenti pronunce del giudice amministrativo in tema di concessioni e autorizzazioni amministrative, secondo cui «la concessione della misura cautelare del rinvio a nuova determinazione dell'amministrazione resistente (c.d. *remand*) non solo anticipa alla sede cautelare gli effetti propri di una pronuncia di merito – come accade per ogni provvedimento cautelare c.d. anticipatorio – ma nella maggior parte dei casi comporta che gli effetti anticipatori non abbiano carattere provvisorio, come dovrebbe essere proprio delle misure cautelari, ma, per la natura delle cose, irreversibili»⁹. Non si tratta, peraltro, di una tendenza del tutto nuova, anche in relazione al richiamo che viene proposto ad altra pronuncia¹⁰, secondo cui la nuova determinazione dell'amministrazione, assunta in esecuzione del rinvio ordinato in sede cautelare con ordinanza propulsiva, per il principio *factum infectum fieri nequit*, esprime un nuovo assetto del rapporto amministrativo sorto dal precedente e impugnato provvedimento. In altre parole, tutte le volte in cui l'amministrazione effettui una nuova valutazione e adotti un atto espressione della nuova volontà di provvedere, che costituisca, dunque, un nuovo giudizio, autonomo e indipendente dalla stretta esecuzione della pronuncia cautelare, il ricorso diviene improcedibile, oppure si ha cessazione della materia del contendere, laddove si tratti di un atto con contenuto del tutto satisfattivo della pretesa azionata dal ricorrente¹¹.

maggiore ampiezza della tutela cautelare, ma conduceva a esiti sempre più lontani dal modello normativo» della sospensione. Così, A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, 289.

⁹ Cons. Stato, Sez. VII, 15 settembre 2022, n. 8003; Cons. Stato, Sez. V, 14 giugno 2022, n. 4820.

¹⁰ Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 2020, n. 2260.

¹¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 25 marzo 2020, n. 2085; VI, 19 settembre 2018, n. 5466; III, 4 settembre 2017, n. 4188.

Invece, nell'ipotesi di ordinanza c.d. propulsiva, ovvero nel caso in cui il giudice sospenda in sede cautelare gli effetti di un provvedimento e l'Amministrazione vi si adegui, con l'adozione di un atto consequenziale al contenuto dell'ordinanza cautelare, non si ha improcedibilità del ricorso, né cessazione della materia del contendere. In altri termini, secondo un altro arresto giurisprudenziale¹², l'adozione non spontanea dell'atto con cui si è data esecuzione alla sospensiva non produce la revoca del precedente provvedimento impugnato e ha una rilevanza solo provvisoria, in attesa cioè che la sentenza di merito accerti se il provvedimento sospeso sia o meno legittimo.

4. *Misura cautelare nei giudizi amministrativi in materia di PNRR.*

In definitiva, i provvedimenti cautelari attualmente appaiono molto efficienti ed incidono in maniera effettiva sull'azione amministrativa, tanto che il legislatore cerca di limitare i poteri cautelari del giudice, quando ritenga di privilegiare l'esecuzione dell'azione amministrativa legata ad interessi rilevanti, specie con riferimento alla realizzazione di opere pubbliche, come di recente disposto dal decreto legge (d.l.) 7 luglio 2022 n. 85 per gli interventi finanziati con il PNRR¹³.

¹² Cons. Stato, Sez. III, 27 aprile 2021, n. 3401.

¹³ Cfr. F. Volpe, *Il processo amministrativo sulle controversie PNRR e le sue criticità*, in *Giustizia Insieme*, 27 luglio 2022. Come è noto, il decreto-legge 7 luglio 2022, n. 85, recante: «Disposizioni urgenti in materia di concessioni e infrastrutture autostradali e per l'accelerazione dei giudizi amministrativi relativi a opere o interventi finanziati con il Piano nazionale di ripresa e resilienza», pubblicato nella Gazzetta Ufficiale - Serie generale n. 157 del 7 luglio 2022, è stato abrogato dall'art. 1, comma 2, della legge 5 agosto 2022, n. 108, recante: «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 giugno 2022, n. 68, recante disposizioni urgenti per la sicurezza e lo sviluppo delle infrastrutture, dei trasporti e della mobilità sostenibile, nonché in materia di grandi eventi e per la funzionalità del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili.». È stato, comunque, previsto che, ai sensi del medesimo art. 1, comma 2, della legge 5 agosto 2022, n. 108, «Restano validi gli atti e i provvedimenti

Si prenda, ad esempio, l'articolo 3 del d.l. n. 85/2022, rubricato «Accelerazione dei giudizi amministrativi in materia di PNRR», secondo cui «... in caso di accoglimento della istanza cautelare, il tribunale amministrativo regionale, con la medesima ordinanza, fissa la data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza, disponendo altresì il deposito dei documenti necessari e l'acquisizione delle eventuali altre prove occorrenti. In caso di rigetto dell'istanza cautelare da parte del tribunale amministrativo regionale, ove il Consiglio di Stato riformi l'ordinanza di primo grado, la pronuncia di appello è trasmessa al tribunale amministrativo regionale per la fissazione dell'udienza di merito. In tale ipotesi, il termine di trenta giorni decorre dalla data di ricevimento dell'ordinanza da parte della segreteria del tribunale amministrativo regionale, che ne dà avviso alle parti. Nel caso in cui l'udienza di merito non si svolga entro i termini previsti, la misura cautelare perde efficacia, anche qualora sia diretta a determinare un nuovo esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione». E poi, molto importante è stato quanto previsto al comma 2 dello stesso articolo 3: «Nella decisione cautelare e nel provvedimento di fissazione dell'udienza di merito, il giudice motiva espressamente sulla compatibilità della misura e della data dell'udienza con il rispetto dei termini previsti dal PNRR».

5. *Misure cautelari nel giudizio amministrativo italiano e francese. Rapporto con l'articolo 6 CEDU.*

Solo un breve accenno al profilo comparatistico tra l'ordinamento processuale amministrativo italiano e il sistema di giustizia amministrativa francese in tema di tutela cautelare¹⁴.

Al riguardo, non può non evidenziarsi un impianto simile se non

adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base del medesimo decreto-legge n. 85 del 2022».

¹⁴ Per un approfondimento sulla questione, cfr. M.R. Calderaro, *La comparazione*

analogo tra i due ordinamenti; nondimeno, le forme di tutela cautelare dinnanzi al giudice amministrativo francese, denominate *réfères*, sono relazionate alla diversa struttura organizzativa del giudice amministrativo francese rispetto a quello italiano.

Come è noto, in Francia la giurisdizione amministrativa si articola in tre gradi di giudizio: *les tribunaux administratifs*; *les cours administratives d'appel*; il *Conseil d'Etat*¹⁵.

Il procedimento di *réfère* è un mezzo di tutela giurisdizionale accelerato e parallelo¹⁶ ad un ricorso giurisdizionale proposto al giudice amministrativo, che mira ad ottenere delle misure provvisorie e interinali che tutelino la situazione giuridica soggettiva in via d'urgenza, senza attendere la decisione sul ricorso principale. La differenza con l'ordinamento italiano è che in Francia il giudice del *réfère*, in tutti i tre gradi di giudizio, è il giudice in composizione monocratica, salvo che, per la complessità della fattispecie sottoposta alla sua cognizione, i presidenti dei Tribunali Amministrativi, delle Corti Amministrative d'appello e della Sezione del *Conseil d'État* decidano di rimettere la questione ad un collegio composto da tre giudici.

In Francia la tutela cautelare è concepita come un procedimento giurisdizionale parallelo, ma comunque alternativo, in alcuni casi, rispetto ad un giudizio introdotto ordinariamente attraverso un normale ricorso. Infatti, a volte, il *réfère* è concepito indipendentemente dalla sussistenza del carattere dell'urgenza, come unico strumento processuale adatto ad ottenere determinate utilità, prescindendo dalla contestuale proposizione di un ricorso principale. Quindi, in Francia, non sempre la proposizione della domanda di *réfère* deve essere collegata a

degli interessi nel giudizio cautelare amministrativo. Un nuovo modo di valutare i presupposti processuali, in *Federalismi.it*, 7 ottobre 2022.

¹⁵ Si v. R. Abraham, *L'avenir de la voie de fait et le référé administratif*, in AA.VV., *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, 1 ss.; e in generale: G. Peiser, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2014, *passim*; B. Pacteau, *Traité de contentieux administratif*, Paris, Puf, 2008, *passim*.

¹⁶ Sulla nozione di ricorso parallelo J. Héron, T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 2012, 326.

quella del ricorso principale (è l'ipotesi del c.d. *référé-liberté*, in cui il privato chiede la misura cautelare per la tutela di una propria libertà fondamentale minacciata dall'azione illegittima di un'Amministrazione, indipendentemente dalla proposizione di un ricorso principale).

Invece, per quanto riguarda le altre forme di tutela cautelare francesi, ad es. il *référé-suspension*, si può ritenere che esso sia assimilabile alle misure cautelari ottenibili dal giudice amministrativo italiano: il *référé-suspension*, infatti, prevede la preventiva instaurazione del giudizio attraverso la proposizione di un ricorso principale, la valutazione dei due presupposti per poter pronunciare un provvedimento cautelare (il *periculum in mora* ed una valutazione prognostica sull'esito positivo del giudizio che porti all'annullamento o alla riforma del provvedimento impugnato, e cioè il *fumus boni iuris*) e, soprattutto, la valutazione da parte del giudice amministrativo (come quello italiano) dell'elemento dell'urgenza in modo concreto, attraverso la comparazione di tutti gli interessi sottesi alla fattispecie dedotta in giudizio.

A parte queste brevi osservazioni comparative con l'ordinamento processuale francese, in prospettiva, la disciplina delle misure cautelari è destinata a mutare per effetto dell'influenza nel nostro sistema della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo formatasi sull'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹⁷.

¹⁷ Sul ruolo dell'articolo 6 CEDU nell'ambito del diritto amministrativo cfr. E. Follieri, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2014, n. 3, 685 ss. e in *L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa*, Atti del Convegno di Lecce del 23-24 maggio 2014. a cura di Pier Luigi Portaluri, Napoli 2014, 184 ss.; M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, *passim*; A. Carbone, *L'art. 6 CEDU e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all'interno degli Stati europei*, in *DPCE online*, 2019, 3, 2137 ss; cfr. altresì, M. Ramajoli, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2013, 100 ss.; F. Merusi, *Sul giusto processo amministrativo*, in E. Catelani, A. Fioritto, A. Massera (a cura di), *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 8; E. Picozza, *Il «giusto» processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, 1074 ss.

Come è noto, secondo il giudice di Strasburgo il difetto delle garanzie del procedimento amministrativo, quali la completezza del contraddittorio, il diritto di ogni persona ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, ovvero il fatto che la sentenza debba essere resa pubblicamente, ebbene la violazione di tutte queste garanzie non consente all'atto amministrativo di produrre effetti immediati ed esecutivi nei confronti delle situazioni giuridiche soggettive.

Infatti, soprattutto per i procedimenti che abbiano carattere afflittivo, che incidano, cioè, nei confronti di soggetti terzi, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che la c.d. «sanzione» debba essere inflitta solo a conclusione del procedimento rispettoso delle garanzie previste dall'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e, dovendosi applicare il principio di «presunzione di innocenza», tale principio risulterebbe compromesso se, fuori del «giusto processo», l'interessato dovesse nel frattempo subire una sanzione immediatamente esecutiva, tale da produrre i suoi effetti a prescindere dal successivo annullamento in sede di giudizio, giudizio nel quale, invece, sono previste tutte le garanzie processuali¹⁸.

La giurisprudenza della Corte, quindi, ha ritenuto che una sanzione inflitta a seguito di un procedimento irrispettoso dei principi di cui all'articolo 6 CEDU non possa esplicare immediati effetti e che la compensazione in sede processuale del difetto di imparzialità della decisione amministrativa debba comportare l'effetto automatico sospensivo, a seguito di proposizione del ricorso giurisdizionale.

In sostanza, occorre che il ricorso innanzi al giudice – che presenta i caratteri stabiliti dall'articolo 6 CEDU – determini la sospensione automatica dell'atto impugnato, per compensare la mancanza di imparzialità, indipendenza e terzietà di chi irroghi la sanzione e il non rispetto del pieno contraddittorio.

Quindi, la tematica della tutela cautelare nel processo amministra-

¹⁸ Così E. Follieri, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, op. cit., 685 e ss.

tivo italiano dovrà essere completamente rimeditata e riscritta alla luce dei principi CEDU in punto di rapporto tra procedimento e processo.

Una soluzione ipotizzabile potrebbe essere quella stabilita oggi per l'appello avverso le sentenze delle Corti dei Conti territoriali¹⁹. Prevede, infatti, l'articolo 190, comma 4 e 5, del Decreto Legislativo (d.lgs.) n. 174 del 2016:

«4. La proposizione dell'appello sospende l'esecuzione della sentenza impugnata salvo quanto previsto dall'articolo 169 per i giudizi pensionistici.

5. Il giudice d'appello, tuttavia, su istanza di parte, quando vi siano ragioni fondate ed esplicitamente motivate, può disporre, con ordinanza motivata, sentite le parti, che la sentenza sia provvisoriamente esecutiva».

Si potrebbe, cioè, invertire la regola e l'eccezione: stabilire che il ricorso innanzi al giudice amministrativo abbia sempre effetto sospensivo del provvedimento impugnato, salvo che l'amministrazione non chieda, sulla base di fondate e motivate ragioni, al giudice amministrativo che il provvedimento impugnato sia provvisoriamente esecutivo ed il giudice lo conceda con ordinanza, sentite le parti.

Secondo questa prospettazione, l'efficacia del provvedimento conseguirebbe, nella normalità dei casi, alla sentenza esecutiva di rigetto del giudice amministrativo di primo grado.

È evidente, tuttavia, come l'influenza della normativa CEDU porti ad un mutamento rilevante del processo cautelare e dell'organizzazione stessa del giudice amministrativo nell'ordinamento italiano. Verrebbe ad essere modificata soprattutto la gestione delle udienze, che diventerebbe molto più snella per lo sfolto del ruolo della Camera di Consiglio, come verrebbero ad essere modificati i principi che riguardano la disciplina sostanziale sull'imperatività dei provvedimenti amministrativi.

Ovviamente, solo il tempo darà una risposta in ordine agli strumenti necessari per adeguarsi all'indirizzo della CEDU in tema di garanzie procedurali e processuali, anche in ambito cautelare.

¹⁹ Così sempre E. Follieri, *ult. op. cit.*, 685 e ss.

LE JUGE ADMINISTRATIF FRANÇAIS FACE À L'INERTIE DE L'ADMINISTRATION

Florian Poulet

Professeur de droit public à l'université d'Évry Paris-Saclay

SOMMAIRE : 1. Introduction – 2. La sanction de l'inertie administrative et les pouvoirs d'exécution du juge. – 2.1 Des pouvoirs d'exécution efficaces. – 2.2. Les limites aux pouvoirs d'exécution. – 3. La sanction de l'inertie administratives et les référés. – 3.1. La performance des procédures d'urgence. – 3.2. Les réserves relatives aux procédures d'urgence.

1. *Introduction*

Dans la jurisprudence administrative française, l'inertie de l'administration renvoie, très largement, à l'hypothèse de la carence, c'est-à-dire au cas où, l'administration, par son inaction, ne fait pas face à ses responsabilités. La sanction juridique d'une telle situation ne s'est pas facilement imposée en droit français : après tout, comment pourrait-on reprocher à une autorité administrative de mal faire lorsque, précisément, elle ne fait rien ? L'absence d'action positive de l'administration a, pendant longtemps, empêché une sanction de l'inertie administrative par le juge.

Néanmoins, comme l'a mis en évidence le doyen Carbonnier, « *ne pas faire, c'est encore faire quelque chose* ». Lorsque l'administration s'abstient d'agir, il peut donc lui être reproché de mal agir. Son inertie est susceptible d'être sanctionnée juridiquement, notamment à la faveur d'une action devant le juge administratif. Aujourd'hui,

d'ailleurs, les hypothèses dans lesquelles ce dernier est saisi d'une inertie de l'administration sont nombreuses et diverses.

Il peut être d'abord question, pour le juge, d'appréhender l'inertie de l'administration en tant que partie au procès. Cette inertie peut en effet se manifester lorsque l'administration refuse de répondre aux écritures du requérant ou aux demandes d'explication du juge, notamment. Le droit du contentieux administratif français offre alors, de longue date, différents outils pour parer à une telle inertie. Par exemple, si l'administration défenderesse à l'instance choisit de ne pas défendre – conformément à ce qu'impliquent, dans leur volet négatif, les droits de la défense – et ne produit donc aucun mémoire en défense au procès, le juge peut faire usage de la technique de l'acquiescement aux faits : l'administration sera « *réputée avoir acquiescé aux faits exposés dans les mémoires du requérant* »¹. De même, si le requérant fait valoir de sérieuses allégations que seule l'administration, par les documents qu'elle possède, est susceptible de démentir ou confirmer, le juge dispose du pouvoir « *d'exiger de l'administration compétente la production de tous documents susceptibles d'établir sa conviction et de nature à permettre la vérification des allégations du requérant* »² ; ancien, un tel pouvoir d'injonction se limite ici à la phase d'instruction de la requête.

Ensuite, dans d'autres hypothèses, il peut être question, pour le juge, d'appréhender l'inertie de l'administration, envisagée non pas en tant que partie au procès, mais en qualité d'autorité publique, responsable de la conduite des politiques publiques, n'ayant pas agi alors qu'elle aurait dû. Le juge est ici saisi parce que la façon d'administrer des autorités publiques est mise en cause. Or, ce sujet est sensible car on touche alors à la séparation des pouvoirs et au tabou du juge-administrateur, ce qui explique qu'initialement, le juge

¹ Code de justice administrative (CJA), art. R. 612-6. Il sera néanmoins loisible au juge de ne pas tenir pour acquis les allégations du requérant lorsque ces dernières seront démenties par certaines des pièces du dossier.

² CE, 1^{er} mai 1936, *Conespel du Mesnil*, Rec., 485. V. égal. CE, 28 mai 1954, *Barel*, Rec., 308.

administratif français se soit montré prudent et même réservé à l'idée d'appréhender une telle situation contentieuse. Pourtant, on le sait, la jurisprudence a, finalement, accepté progressivement l'idée de sanctionner l'inertie de l'administration.

Dans un premier temps, le juge s'est contenté de procéder à cette sanction sur le terrain indemnitaire seulement, en engageant la responsabilité pécuniaire des pouvoirs publics: c'est la doctrine de la carence fautive de l'administration. Entre autres nombreux exemples, les retards inadmissibles du Gouvernement dans l'édition des mesures nécessaires à l'exécution des lois ont ainsi été reconnus comme de nature à engager la responsabilité de l'État³. De même, la carence de ce dernier à assurer effectivement le droit à l'éducation des enfants soumis à l'obligation scolaire a pu être qualifiée de faute de nature à engager sa responsabilité⁴. De même encore, la carence dans la prévention des risques liés à l'exposition des travailleurs aux poussières d'amiante a été regardée comme susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique⁵. Cette appréhension de l'inertie administrative par le juge français a d'ailleurs été récemment renforcée avec l'entrée en vigueur de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la Justice du XXI^e siècle : ce texte a ainsi introduit la possibilité, pour les justiciables, de former une action de groupe dans un certain nombre de domaines dans lesquels l'inertie de l'administration est susceptible d'être en cause (discrimination – en général et de la part d'un employeur public en particulier –, santé publique, environnement et traitement des données personnelles)⁶. Cette action a notamment pour objet « *l'engagement de la responsabilité de la personne ayant causé le dommage afin d'obtenir la réparation des préjudices subis* »⁷.

³ CE, 28 juillet 2000, *Association France Nature Environnement*, Rec., 322.

⁴ CE, 8 avril 2009, *Époux Laruelle*, Rec., 136

⁵ CE, ass., 30 avril 2009, *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité*, Rec., 385.

⁶ CJA, art. L. 77-10-1.

⁷ *Id.* Elle peut également être exercée en vue de la cessation du manquement litigieux.

Cette hypothèse dans laquelle la juridiction administrative française accepte de se saisir de l'inertie de l'administration sur le terrain indemnitaire n'est pas, néanmoins, sans connaître de limites qui traduisent la prudence du juge. Ainsi, dans certaines circonstances, relativement exceptionnelles il est vrai, le juge peut refuser de connaître de la demande indemnitaire formée devant lui en raison de ce que l'inertie reprochée à la puissance publique procède d'un acte de gouvernement insusceptible, en droit français, d'être critiqué. Par exemple, le Conseil d'État a refusé d'engager la responsabilité de l'Etat pour défaut d'intervention de la France en Algérie aux fins de protéger les anciens supplétifs de l'armée française (les Harkis) : il a estimé que « *les préjudices ainsi invoqués ne sont pas détachables de la conduite des relations entre la France et l'Algérie* »⁸. Sans opposer la théorie des actes de gouvernement, il peut également arriver au juge, tout en admettant la possibilité de rechercher la responsabilité de l'administration pour inertie, d'exiger néanmoins la preuve d'une faute lourde qu'aurait commise cette dernière. L'inertie administrative ne peut ainsi, parfois, conduire à l'engagement de la responsabilité de la puissance publique qu'en cas de faute particulièrement grave et grossière. Cette exigence se retrouve, par exemple, dans le contentieux du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales⁹ ou dans celui des activités de surveillance des services de renseignement¹⁰.

En tout état de cause, au-delà même de ces réserves, la sanction de l'inertie de l'administration sur le terrain indemnitaire s'avère limitée dans sa portée : par définition, dans cette hypothèse, on ne peut espérer qu'obtenir une réparation des dommages causés par l'inertie ; lorsqu'elle est prononcée, cette réparation n'intervient qu'*a posteriori*, après coup. Le risque existe donc que l'on ne répare pas utilement, au bon moment, l'inertie, et que l'intervention du juge, consistant à

⁸ CE, 3 octobre 2018, *Tamazount*, *Rec.*, 359.

⁹ CE, 6 octobre 2000, *Ministre de l'Intérieur c. Commune de Saint-Florent*, *Rec.*, 395.

¹⁰ CE, 18 juillet 2018, *Consorts Chennouf*, n° 411156, aux *Tables*.

réparer les préjudices déjà causés par cette inertie, s'apparente, avant tout, à un lot de consolation.

Néanmoins, cette dernière limite est, en droit français, sur le déclin. La condamnation de l'administration à verser des dommages-intérêts ne constitue plus, en effet, le seul outil dont le juge administratif dispose pour sanctionner une éventuelle inertie de l'administration. Le législateur l'a doté, depuis la fin du XX^e siècle, de trois puissants instruments qu'il s'est progressivement approprié pour appréhender efficacement l'inertie de la puissance publique : l'astreinte, grâce à la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public ; le pouvoir d'injonction, avec la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative ; et les procédures d'urgence, grâce à la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives. De tels outils ont profondément renouvelé et modifié la façon dont la juridiction administrative française appréhende et sanctionne, désormais, l'inertie des pouvoirs publics, entraînant d'importantes conséquences sur l'office du juge et les obligations de l'administration active. Dorénavant, le juge dispose du pouvoir non seulement de contraindre efficacement l'administration à exécuter ses décisions (I), mais encore d'intervenir au bon moment pour obliger cette dernière à réagir utilement (II).

2. La sanction de l'inertie administrative et les pouvoirs d'exécution du juge

Depuis les lois de 1980 et 1995 sur les pouvoirs d'astreinte et d'injonction reconnus au juge, en vue de l'exécution de ses décisions, la juridiction administrative française dispose d'outils efficaces pour sanctionner l'inertie de l'administration (2.1), même si ces outils rencontrent, néanmoins, certaines limites (2.2).

2.1. *Des pouvoirs d'exécution efficaces*

Jusqu'aux textes législatifs de 1980 et 1995, l'exécution des décisions de justice rendues par le juge administratif était largement tributaire du bon vouloir de l'administration active. En cas d'inertie délibérée de cette dernière, l'intervention du juge pouvait, selon les circonstances, se révéler vaine dès l'instant où l'administration se refusait de tirer les leçons de la décision juridictionnelle. Depuis lors, les pouvoirs d'astreinte et d'injonction reconnus au juge permettent à ce dernier de contraindre les pouvoirs publics à s'activer et, ainsi, mettre fin à leur éventuelle inertie : il peut ainsi non seulement ordonner à l'administration de faire certaines choses, mais aussi accompagner cette injonction d'une astreinte consistant, pour l'autorité administrative qui ne se plierait pas à l'ordre ainsi reçu, à devoir payer une somme d'argent forfaitaire par jour, semaine, mois ou toute autre période de retard¹¹. Les illustrations concrètes de ce changement sont nombreuses dans la jurisprudence administrative. Trois affaires, particulièrement récentes, sont tout à fait significatives de l'efficacité de ces pouvoirs d'exécution du juge.

La première intéresse l'inertie dont fait montre le pouvoir réglementaire lorsqu'il n'édicte pas les mesures indispensables à la mise en œuvre de dispositions législatives. Le Conseil d'État français a déjà eu l'occasion de poser le principe selon lequel l'exercice du pouvoir réglementaire comporte non seulement le droit mais aussi l'obligation de prendre dans un délai raisonnable les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi, hors le cas où le respect d'engagements internationaux de la France y ferait obstacle¹². Le non-respect de cette obligation est susceptible, on l'a dit, d'engager la responsabilité de l'État. Mais, au-delà de ce volet indemnitaire, il est

¹¹ On rappellera, à cet égard, que le juge administratif peut légalement majorer d'office le montant de l'astreinte en cas de persistance de l'administration à ne pas exécuter l'une de ses décisions de justice : v. CE, 1^{er} avril 2019, *M. B.*, n° 405532, aux *Tables*.

¹² CE, 28 juillet 2000, *Association France Nature Environnement*, préc.

en outre possible, dorénavant, pour les victimes de cette inertie, de demander au pouvoir réglementaire d'agir et d'édicter les mesures attendues. En cas de refus, explicite ou implicite, le juge administratif peut alors être saisi d'un recours pour excès de pouvoir aux fins d'obtenir l'annulation d'une telle décision. Or, le Conseil d'État a récemment précisé que « *l'effet utile de l'annulation pour excès de pouvoir du refus du pouvoir réglementaire de prendre les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi réside dans l'obligation [...], pour le pouvoir réglementaire, de prendre ces mesures* »¹³. On ajoutera que depuis la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, cette injonction susceptible d'être prononcée par le juge à l'encontre du pouvoir réglementaire – de manière à briser son inertie – peut être prescrite d'office, alors même que le requérant ne lui aurait pas demandé¹⁴.

La deuxième illustration concrète et récente de l'efficacité de ces pouvoirs d'exécution attribués au juge administratif français, qui lui permettent de faire face à l'inertie de l'administration, intéresse les dommages de travaux ou d'ouvrages publics. Le Conseil d'État considère ainsi que lorsque le juge administratif condamne une personne publique responsable de dommages qui trouvent leur origine dans l'exécution de travaux publics ou dans l'existence ou le fonctionnement d'un ouvrage public, « *il peut, saisi de conclusions en ce sens, s'il constate qu'un dommage perdure à la date à laquelle il statue du fait de la faute que commet, en s'abstenant de prendre les mesures de nature à y mettre fin ou à en pallier les effets, la personne publique, enjoindre à celle-ci de prendre de telles mesures* »¹⁵. Cette jurisprudence est particulièrement intéressante en tant qu'elle démontre avec acuité la plus-value des pouvoirs d'exécution du juge pour lutter contre l'inertie de l'administration : les

¹³ CE, 27 mai 2021, *Association Compassion in World Farming France (CIWF)*, n° 441660, aux *Tables*

¹⁴ CJA, art. L. 911-1, al. 2.

¹⁵ CE, 6 décembre 2019, *Syndicat des copropriétaires du Monte Carlo Hill*, n° 417167, au *Rec.*

conclusions indemnitaires ne permettent à la victime d'un dommage de travaux ou d'ouvrage publics que d'obtenir réparation ; or, ce dommage peut perdurer à la date à laquelle le juge statue et continuer à produire les préjudices allégués par la victime. Dans ces conditions, il est permis à cette dernière de présenter au juge, en plus d'une demande indemnitaire, des conclusions tendant à ce qu'il enjoigne à la personne publique responsable de prendre toutes les mesures de nature à mettre fin au dommage ou d'en pallier les effets.

La troisième et dernière illustration est bien connue, y compris au-delà de la sphère des juristes, tant elle a été médiatisée : elle concerne l'inertie des autorités françaises face à la nécessité de prévoir des plans relatifs à la qualité de l'air permettant de ramener les concentrations en dioxyde d'azote et en particules fines PM10 sous les valeurs limites fixées par l'article R. 221-1 du code de l'environnement¹⁶. Après avoir constaté cette inertie, le Conseil d'État a, dans une décision en date du 12 juillet 2017, enjoint au Gouvernement de procéder à l'élaboration et à la mise en œuvre, pour 13 zones du territoire, de plans relatifs à la qualité de l'air dans le délai le plus court possible et de les transmettre à la Commission européenne avant le 31 mars 2018¹⁷. À la faveur d'une décision du 10 juillet 2020, il a relevé que l'État ne pouvait être regardé comme ayant pris des mesures suffisantes à assurer l'exécution complète de sa décision du 12 juillet 2017 et a donc prononcé à l'encontre de l'État, à défaut pour lui de justifier de cette exécution complète dans un délai de six mois, d'une astreinte de 10 millions d'euros par semestre jusqu'à la date à laquelle la décision du 12 juillet 2017 aura reçu une complète exécution¹⁸. Par une nouvelle décision du 4 août 2021, le Conseil d'État a constaté, à nouveau, que l'État n'avait pas entièrement exécuté les décisions des 12 juillet 2017 et 10

¹⁶ Qui vient transposer la directive 2008/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe.

¹⁷ CE, 12 juillet 2017, *Association Les Amis de la Terre France*, Rec., 229.

¹⁸ CE, ass., 10 juillet 2020, *Association Les Amis de la Terre France et autres*, Rec., 289.

juillet 2020, et a, dès lors, jugé qu'il y avait lieu de procéder à la liquidation provisoire de l'astreinte pour la période courant du 11 janvier au 11 juillet 2021 inclus¹⁹. Enfin, à la faveur d'une décision du 17 octobre 2022, le Conseil d'État a considéré que si les différentes mesures mises en avant par le gouvernement français devraient permettre de poursuivre l'amélioration de la situation constatée au jour de la décision par rapport à 2019, les éléments produits n'établissaient pas que les effets des différentes mesures adoptées permettraient de ramener, dans le délai le plus court possible, les niveaux de concentration en dioxyde d'azote en deçà des valeurs limites : en application des dispositions de l'article L. 911-7 du code de justice administrative, il a ainsi décidé qu'il y avait lieu de procéder à la liquidation provisoire d'une astreinte de 20 millions d'euros pour la période du 11 juillet 2021 au 11 juillet 2022²⁰. De tels montants d'astreinte sont inédits dans la jurisprudence administrative française : jusque-là, le juge n'avait jamais retenu des sommes aussi élevées. Ces affaires concernant la lutte contre la pollution de l'air démontrent ainsi combien le juge s'est pleinement approprié les outils mis à sa disposition par le législateur, notamment afin de sanctionner la carence des pouvoirs publics.

Il reste, néanmoins, que malgré l'efficacité avérée de l'intervention du juge, les pouvoirs d'exécution dont bénéficie ce dernier rencontrent certaines limites.

2.2. *Les limites aux pouvoirs d'exécution*

Trois principales limites peuvent être identifiées, qui viennent nuancer quelque peu l'efficacité de l'intervention du juge lorsqu'il s'agit d'appréhender une inertie administrative.

¹⁹ CE, 4 août 2021, *Association Les Amis de la Terre France et autres*, n° 428409, au *Rec.*

²⁰ CE, 17 octobre 2022, *Association Les Amis de la Terre France et autres*, n° 428409, au *Rec.*

Premièrement, l'affectation de l'astreinte effectivement liquidée, dans le cas où l'administration n'aurait pas exécuté la décision du juge lui enjoignant d'agir, peut restreindre le caractère incitatif normalement attaché à l'astreinte. De façon générale, en effet, le produit de l'astreinte finalement collectée a vocation à revenir au requérant : il y a là un principe de nature à encourager l'administration défenderesse à s'exécuter le plus rapidement possible pour éviter d'avoir à verser de l'argent à son adversaire. Toutefois, le juge administratif français conserve la maîtrise de l'affectation de l'astreinte : « *La juridiction peut [ainsi] décider qu'une part de l'astreinte ne sera pas versée au requérant* »²¹. Un tel choix du juge qui, non sans paradoxe, a pour effet de nuire à l'autorité et à la bonne exécution de ses propres décisions trouve sa raison d'être dans l'impérative protection des deniers publics, objectif parfaitement louable. Mais si le juge choisit, comme il peut donc légalement le faire, d'affecter une part de l'astreinte à des opérateurs de la puissance publique ou, du moins, proches d'elle, il limite d'autant la force persuasive attachée à l'astreinte qui a vocation à encourager l'administration active condamnée à s'exécuter rapidement. L'affaire *Association Les Amis de la Terre France et autres*, relative à la lutte contre la pollution de l'air, en témoigne avec force : dans sa décision précitée du 17 octobre 2022²², le Conseil d'État décide, dans les circonstances de l'espèce, « *compte tenu du montant de l'astreinte et afin d'éviter un enrichissement indu* », de n'allouer à l'association, seule requérante à l'instance initiale ayant conduit au constat de l'inertie du Gouvernement, qu'une fraction de la somme à liquider, à savoir 50 000 euros seulement (sur un total de 20 millions). Le reste est réparti par le juge entre différents opérateurs publics ou parapublics eu égard aux actions qu'ils conduisent en matière de lutte contre la pollution atmosphérique et d'amélioration de la qualité de l'air : l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME), le Centre d'études et d'expertise sur les risques,

²¹ CJA, art. L. 911-8. Dans ce cas, « *Cette part est affectée au budget de l'État* ».

²² CE, 17 octobre 2022, *Association Les Amis de la Terre France et autres*, préc.

l'environnement, la mobilité et l'aménagement (CEREMA), l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES), l'Institut national de l'environnement industriel et des risques (INERIS), Air Paris et Atmo Auvergne Rhône-Alpes et, enfin, Atmo Occitanie et Atmo Sud. Ainsi, la grande majorité du produit de l'astreinte a été affecté à des organismes entretenant, d'une façon ou d'une autre, des liens étroits avec l'État. Un tel choix qui aboutit à ce que la somme d'argent qu'il est condamné à payer finisse par lui revenir indirectement n'est donc pas de nature à mettre fin au plus vite à l'inertie qui lui est reprochée.

Deuxièmement, une limite naturelle à l'efficacité des pouvoirs d'exécution du juge apparaît dans le caractère éventuellement pénurique de la situation à propos de laquelle l'inertie de l'administration est déplorée. Par exemple, au cœur de la crise sanitaire associée au virus de la Covid 19, durant le printemps 2020, il a souvent été demandé au juge administratif français d'enjoindre à l'administration, qualifiée d'inerte par beaucoup, de distribuer davantage de masques et d'équipements sanitaires aux professionnels de santé et à la population. Mais comment le juge pouvait-il faire droit à de telles demandes lorsque les produits et matériels demandés n'existaient pas, en raison d'un contexte de pénurie mondiale ? Au-delà de cet exemple ponctuel, peut être également mentionnée l'illustration, structurelle quant à elle, relative à l'accès au logement. Certes, en France, il existe un dispositif juridique spécial, appelé « droit au logement opposable » (DALO), qui permet de saisir le juge administratif en cas de carence des services de l'État à proposer un logement décent aux individus qui doivent, selon la loi du 5 mars 2007 instituant le DALO, accéder prioritairement à un tel logement. Mais, faute de logements disponibles en nombre suffisant, les injonctions prononcées par le juge demeurent souvent vaines, en sorte que, finalement, la carence de l'administration en la matière se résout régulièrement sur le seul terrain indemnitaire. Les pouvoirs d'injonction du juge trouvent ainsi une limite importante dans le contexte le cas échéant pénurique de l'inertie de l'administration.

Troisièmement, une dernière limite peut être identifiée dans la

nature politique de certaines des questions soumises au juge administratif. Le Conseil d'État l'a rappelé récemment à propos de l'action collective, portée vainement par plusieurs associations et organisations non gouvernementales, concernant le caractère discriminatoire des contrôles d'identité par certains agents des forces de l'ordre : « *l'action en manquement dont le Conseil d'État a été saisi porte sur l'abstention des pouvoirs publics d'adopter des mesures dont il n'appartient pas au juge administratif de connaître, parce qu'elles touchent aux rapports entre les pouvoirs exécutif et législatif ou à la conduite des relations internationales, soit de refondre les dispositifs existants* »²³. Ainsi, selon la haute juridiction administrative française, « *ces mesures visent en réalité à une redéfinition générale des choix de politique publique en matière de recours aux contrôles d'identité à des fins de répression de la délinquance et de prévention des troubles à l'ordre public, impliquant notamment des modifications des relations entre les forces de police et l'autorité judiciaire, le cas échéant par l'intervention du législateur, ainsi que l'évolution des relations entre la police et la population* ». Or, sauf à méconnaître son office et à se transformer en administrateur, il n'appartient pas au juge de se substituer aux pouvoirs publics pour déterminer une politique publique ou de leur enjoindre de le faire. Il y a là une limite inhérente à l'efficacité de son intervention.

Nonobstant ces réserves, les pouvoirs d'exécution que le juge administratif français tient des lois de 1980 et 1995 lui ont offert de solides outils pour lutter efficacement contre l'inertie de l'administration active. Or, un troisième texte s'est également révélé très précieux en la matière : il s'agit de la loi du 30 juin 2000 qui, en modernisant substantiellement les procédures d'urgence devant la juridiction administrative, ont permis à celle-ci d'intervenir au bon moment pour pallier, le cas échéant, l'inertie administrative.

²³ CE, ass., 11 octobre 2023, *Amnesty International France et autres*, n° 454836, au Rec.

3. *La sanction de l'inertie administratives et les référés*

Ces vingt dernières années, la jurisprudence a fait la preuve de la performance des procédures d'urgence devant le juge administratif français : dorénavant, les référés urgents permettent de saisir utilement le juge pour qu'il contraigne, au plus vite, l'administration à agir (3.1). Néanmoins, à l'instar de la mise en œuvre des pouvoirs d'exécution du juge, certaines réserves à ces procédures peuvent être regrettées (3.1).

3.1. *La performance des procédures d'urgence*

Depuis la loi du 30 juin 2000 sur les référés administratifs, le juge français est très bien outillé pour appréhender et sanctionner, en urgence, l'inertie de l'administration. Les référés « suspension »²⁴, « liberté »²⁵ et « mesures utiles »²⁶ lui permettent de traiter efficacement cette inertie et de contraindre, dans les meilleurs délais, la puissance publique à réagir. Les exemples ne manquent pas d'affaires dans lesquelles le recours aux référés administratifs a permis de mettre un terme rapidement à la carence de l'administration active.

En matière d'hébergement d'urgence, auquel a droit toute personne sans abri qui se trouve en situation de détresse médicale, psychique et sociale, une carence caractérisée des services de l'État dans l'accomplissement de cette mission peut ainsi faire apparaître, pour l'application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative relatif au référé-liberté, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Il incombe alors au juge des référés, saisi pour qu'il enjoigne à l'administration de mettre à la disposition du requérant un tel hébergement d'urgence, d'apprécier, dans chaque cas, les diligences accomplies par les

²⁴ CJA, art. L. 521-1.

²⁵ CJA, art. L. 521-2.

²⁶ CJA, art. L. 521-3.

autorités en tenant compte des moyens dont elles disposent ainsi que de l'âge, de l'état de la santé et de la situation de famille de la personne intéressée²⁷.

Le juge du référé-liberté peut être également sollicité en matière environnementale en cas de carence des autorités administratives dans la mise en œuvre du droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé²⁸, qui constitue une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative²⁹. Précisément, afin de prévenir ou faire cesser une atteinte à l'environnement dont il n'est pas sérieusement contestable qu'elle trouve sa cause dans la carence de l'autorité publique, le juge des référés peut, en cas d'urgence, ordonner la suspension de l'exécution de la décision administrative, positive ou négative, à l'origine de cette atteinte, et, le cas échéant, enjoindre à l'autorité publique de prendre des mesures conservatoires destinées à faire échec ou à mettre un terme à cette atteinte.

Au-delà du juge du référé-liberté, le juge du référé-suspension, dont l'intervention est régie par l'article L. 521-1 du code de justice administrative, peut parfaitement être actionné en cas d'inertie de l'administration. Ainsi, par exemple, l'absence de suites données par le rectorat à la demande présentée par les parents d'un enfant en situation de handicap, tendant à ce que leur enfant se voit attribuer un accompagnement individuel, justifie la saisine du juge du référé-suspension³⁰. En cas d'urgence et de doute sérieux quant à la légalité de cette inertie administrative, le juge est en situation de suspendre l'exécution du refus implicite du rectorat d'accéder à la demande présentée par les parents et de lui enjoindre d'affecter auprès de l'enfant un accompagnant des élèves en situation de handicap.

Enfin, un troisième type de référé est susceptible d'être mis en

²⁷ CE, 10 fév. 2012, *Karamoko*, n° 356456, aux *Tables*.

²⁸ Charte de l'environnement, art. 1^{er}.

²⁹ CE, 20 sept. 2022, *Eoux C.*, n° 451129, au *Rec*.

³⁰ TA Montreuil, 6 janvier 2023, *M. M. et Mme T.*, n° 2217985.

œuvre en cas d'inertie de l'administration : le référé « mesures utiles », prévu par l'article L. 521-3 du code de justice administrative. Le contentieux des prises de rendez-vous dématérialisées, en droit des étrangers, en témoigne : lorsque le rendez-vous de dépôt d'une demande de titre de séjour ne peut être obtenu qu'en se connectant au site internet de la préfecture et que l'étranger établit qu'il n'a pu obtenir une date de rendez-vous, malgré plusieurs tentatives n'ayant pas été effectuées la même semaine, celui-ci peut demander au juge « mesures utiles » d'enjoindre au préfet de lui communiquer, dans un délai qu'il fixe, une date de rendez-vous³¹. Si la situation de l'étranger le justifie, le juge peut même préciser le délai maximal dans lequel ce rendez-vous doit avoir lieu. Il fixe un délai bref en cas d'urgence particulière.

Ces différentes illustrations concrètes, très diverses, attestent de la performance des procédures d'urgence : grâce à elle, le juge se trouve en situation de traiter, en temps utile, l'inertie de l'administration et contraindre cette dernière à agir. Seules quelques réserves sont de nature à relativiser quelque peu cette efficacité.

3.2. *Les réserves relatives aux procédures d'urgence*

Deux grandes réserves à la performance des procédures d'urgence pour lutter contre l'inertie de l'administration active peuvent être identifiées.

La première consiste à rappeler que l'office du juge des référés revêt un caractère nécessairement limité. Juge de l'urgence et de l'évidence, il ne dispose pas de pouvoirs équivalents à ceux du juge saisi au principal et, en tout état de cause, ne peut se faire administrateur. L'exemple du contentieux français du délabrement de certaines prisons, conséquence d'une profonde inertie de l'administration pénitentiaire, est à cet égard évocateur : saisi, par la

³¹ CE, 10 juin 2020, *M. A.*, n° 435594, aux *Tables*.

section française de l'Observatoire international des prisons, de demandes d'injonctions tendant à la réalisation de travaux lourds au sein d'une maison d'arrêt, à ce que soient alloués aux services judiciaires et pénitentiaires des moyens financiers, humains et matériels supplémentaires et à ce que soient prises des mesures de réorganisation des services ainsi qu'une circulaire de politique pénale, le juge des référés du Conseil d'État a rejeté la requête qui lui était soumise au motif qu'« *eu égard à leur objet, les injonctions demandées, qui portent sur des mesures d'ordre structurel reposant sur des choix de politique publique insusceptibles d'être mises en œuvre, et dès lors de porter effet, à très bref délai, ne sont pas au nombre des mesures d'urgence que la situation permet de prendre utilement dans le cadre des pouvoirs que le juge du référé-liberté tient de la loi* »³².

La seconde réserve tient à ce que la sanction de l'inertie de l'administration par le juge des référés peut conduire ce dernier, dans certaines circonstances particulières, à restreindre les droits et libertés des administrés. Telle est la portée de l'importante jurisprudence *Ville de Paris* du 16 novembre 2011, à la faveur de laquelle le Conseil d'État français a affirmé que le juge du référé-liberté peut, lorsque la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté fondamentale, et que la situation permet de prendre utilement des mesures de sauvegarde dans un délai de 48 heures, être saisi afin de prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser le danger résultant de cette carence³³. Or, cette solution jurisprudentielle se fait remarquer par son ambiguïté : en tant qu'elle permet de protéger en urgence le droit à la vie lorsque l'administration, par son inertie, est susceptible de le menacer, elle apparaît, au premier abord, protectrice des individus ; néanmoins, elle peut conduire le juge à imposer à l'administration de prendre des

³² CE, 28 juillet 2017, *Section française de l'OIP*, n°410677, au *Rec.*

³³ CE, 16 novembre 2011, *Ville de Paris et Société d'économie mixte Parisienne*, n° 353172 et n° 353173, au *Rec.*

mesures de police restrictives des libertés, portant ainsi atteinte aux droits des administrés. Pour mémoire, en France, au tout début de la crise sanitaire, au printemps 2020, le juge des référés du Conseil d'État a été saisi dans le cadre de cette jurisprudence *Ville de Paris* et, au nom de la sauvegarde du droit à la vie, a obligé le Gouvernement à durcir encore davantage les conditions du confinement général imposé aux Français³⁴. Tandis qu'il a été institué afin de protéger les libertés fondamentales, le juge du référé-liberté peut ainsi se transformer en « *auxiliaire de la police administrative* »³⁵, dont l'intervention peut conduire, *in fine*, à restreindre les libertés des individus sous couvert de lutter contre l'inertie de l'administration. Non sans paradoxe, la sanction de cette inertie peut ainsi se retourner, partiellement, contre les administrés.

³⁴ CE, 22 mars 2020, *Syndicat des jeunes médecins*, n° 439674, aux *Tables*.

³⁵ X. Dupré de Boulois, *On nous change notre... référé-liberté. Observations sous CE, 22 mars 2020, n° 439674*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2020, chron. n° 12.

IL GIUDICE AMMINISTRATIVO
A COSPETTO DELL'INERZIA DELL'AMMINISTRAZIONE.
OSSERVAZIONI MINIME

Michele Trimarchi

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Foggia

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'inerzia nei procedimenti a istanza di parte e gli strumenti per il suo superamento. – 3. L'inerzia nei procedimenti d'ufficio e gli strumenti per il suo superamento. – 4. La tutela nei confronti del silenzio significativo. – 5. La tutela risarcitoria dei danni causati con l'omissione o il ritardo nel provvedere. – 6. La tutela nei confronti degli atti tardivi.

1. *Premessa*

Fino a qualche decennio orsono il tema dei poteri del giudice nei confronti dell'inerzia della pubblica amministrazione coincideva essenzialmente con quello degli strumenti di tutela avverso il silenzio dell'amministrazione nei procedimenti ad istanza di parte. Questo profilo è ancor oggi d'interesse, ma se ne sono aggiunti di altri: quello delle tecniche per il superamento dell'inerzia nei procedimenti d'ufficio avviati su segnalazione o denuncia di un privato; quello della tutela nei confronti del silenzio significativo; quello della tutela risarcitoria dei danni causati con l'omissione o il ritardo nel provvedere; quello della tutela (di annullamento o dichiarativa) nei confronti degli atti tardivi.

La maggiore articolazione dei profili rilevanti riflette l'importanza progressivamente acquisita dal fattore 'tempo' nell'ambito dell'azione amministrativa. Riflette inoltre la convinzione, ormai diffusa, che la

norma sul termine di conclusione del procedimento sia posta nell'interesse del privato, sicché il suo mancato rispetto integra inadempimento.

Le brevi osservazioni che seguono hanno l'obiettivo di individuare, senza alcuna pretesa di completezza e originalità, le questioni più attuali, sulle quali è vivo il dibattito nella dottrina e nella giurisprudenza italiana, in relazione a ciascuno dei profili sopra richiamati.

2. *L'inerzia nei procedimenti a istanza di parte e gli strumenti per il suo superamento.*

Nei procedimenti ad istanza di parte, l'azione avverso il silenzio inadempimento (art. 31, c.p.a.), se accolta, dà luogo ad una sentenza a contenuto misto, di accertamento e condanna: l'accertamento concerne l'inosservanza del termine, la condanna consiste nell'imposizione all'amministrazione dell'obbligo di provvedere entro un termine fissato dal giudice e ordinariamente non superiore a trenta giorni (art. 117, comma 2, c.p.a.).

La sentenza reitera l'obbligo di legge, sia pur in termini più brevi. L'utilità della stessa risiede essenzialmente nel costituire titolo esecutivo, nel fatto cioè che, se l'amministrazione non provvede entro il termine fissato dal giudice, l'interessato potrà proporre ricorso per l'ottemperanza. Il giudizio di ottemperanza dà luogo ad una sentenza che contiene un'ulteriore reiterazione dell'obbligo, il cui inadempimento consente però la sostituzione dell'amministrazione con il commissario *ad acta* (che invero potrebbe essere nominato già dal giudice della cognizione, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. e), per quanto l'evenienza non sia frequente).

Il profilo più delicato riguarda i presupposti in presenza dei quali il giudice amministrativo può emettere una sentenza di condanna non generica (a provvedere) bensì specifica (a rilasciare il provvedimento richiesto).

Questo è possibile quando l'attività amministrativa è vincolata in astratto oppure in concreto (art. 31, comma 3, c.p.a.). Malgrado parte

della dottrina opini diversamente, la legge sembra chiara nel prevedere che queste evenienze sono condizioni di ammissibilità della domanda (art. 34, comma 1, lett. c)), per cui esse devono precedere la proposizione della stessa e non maturare nel corso del giudizio grazie all'attività processuale delle parti o all'impulso del giudice. Stabilire quando l'attività in concreto si presenti vincolata – sebbene discrezionale in astratto – è sempre operazione complessa e lo è ancor di più quando la contestazione cada non su un atto diniego, che fa il riepilogo degli accertamenti svolti nel procedimento, bensì sull'inerzia della pubblica amministrazione. Possiamo dire, in generale, che occorre che dagli atti del procedimento risulti che l'amministrazione ha svolto tutte le valutazioni discrezionali di sua competenza e che l'esito di queste converga a favore dell'adozione del provvedimento richiesto. A quel punto il giudice potrà condannarla al rilascio del provvedimento medesimo, se del caso supplendo l'amministrazione nell'accertamento dei presupposti vincolati non ancora compiuti.

Altra questione delicata si pone in relazione all'esecuzione della sentenza, quando questa contiene una condanna soltanto generica a provvedere.

Diversamente dalla sentenza di annullamento, che ha sempre un effetto conformativo derivante dal vizio accertato, la condanna generica a provvedere non fornisce alcuna indicazione su come farlo. Pertanto, se il ricorrente propone giudizio di ottemperanza a fronte della perdurante inerzia dell'amministrazione, il giudice amministrativo si trova in un campo vergine: con il paradosso che, in astratto, qualsivoglia provvedimento che lui adottasse in sostituzione dell'amministrazione andrebbe considerato atto esecutivo della condanna ma che, in concreto, la sostituzione richiede un'attività materialmente amministrativa che non trova una guida nella sentenza da eseguire. Per questo, nei fatti, il giudice dell'ottemperanza solitamente si guarda bene dallo svolgere il procedimento e adottare il provvedimento e si limita a ribadire l'obbligo di provvedere nominando il commissario *ad acta* per l'ipotesi di perdurante in esecuzione. La responsabilità della gestione del rapporto viene dunque addossata a questa figura, che qui svolge attività propriamente amministrativa, il che può apparire stri-

dente con la sua configurazione come ausiliare del giudice (art. 21, c.p.a.).

3. *L'inerzia nei procedimenti d'ufficio e gli strumenti per il suo superamento.*

Nei procedimenti d'ufficio il problema dell'inerzia dell'amministrazione è tradizionalmente meno avvertito in quanto non vi è un bisogno di tutela analogo a quello del privato che ha chiesto l'attivazione del procedimento e attende una risposta dall'amministrazione.

Tuttavia la giurisprudenza, prima con rade pronunce e poi sempre più convintamente, ammette l'azione avverso il silenzio anche nei procedimenti a istanza di parte. Le prime sentenze riguardano l'obbligo di provvedere sulle diffide dei privati che richiedano l'esercizio di poteri di vigilanza edilizia su costruzioni altrui. In seguito l'obbligo di provvedere è stato esteso anche in altri ambiti, con l'unica condizione che chi esercita l'azione avverso il silenzio sia titolare di una situazione giuridica soggettiva differenziata rispetto all'esercizio del potere officioso.

Rimangono sul tappeto due problemi, sui quali oggi la dottrina si interroga.

Il problema di carattere generale è che, ai sensi dell'art. 2 l. n. 241/1990, l'obbligo di concludere il procedimento, la cui violazione è fatta valere da chi propone l'azione avverso il silenzio, presuppone l'obbligo di avviare il procedimento. L'obbligo di avviare i procedimenti ad istanza di parte deriva proprio dalla proposizione dell'istanza, mentre nei procedimenti d'ufficio l'obbligo di avvio è avvolto in una nebulosa. Fintanto che non si individua con precisione il fatto costitutivo dell'obbligo di avviare il procedimento d'ufficio, allora i limiti entro i quali l'inadempimento del dovere di provvedere può essere accertato giudizialmente – cioè può essere contestato il silenzio dell'amministrazione – sono destinati a rimanere frutto di una valutazione sostanzialmente graziosa, caso per caso, del giudice amministrativo.

Il secondo riguarda le ipotesi nelle quali la giurisprudenza tuttora nega l'obbligo di provvedere e dunque ritiene inammissibile l'azione

avverso il silenzio. Si tratta dell'istanza di annullamento in autotutela di un provvedimento inoppugnabile e dell'istanza di estensione della portata soggettiva del giudicato. Soprattutto nella prima ipotesi sembra difficile negare una posizione differenziata, se proviene da un soggetto che subisce pregiudizio diretto dal provvedimento.

Ci si potrebbe domandare, inoltre, se non si debba ritenere che nei procedimenti d'ufficio l'amministrazione ha sempre l'obbligo di provvedere, anche solo per disporre l'archiviazione del procedimento. Ciò andrebbe incontro al bisogno di tutela di chi rischia di subire un sacrificio per effetto del provvedimento limitativo e, quindi, ha tutto l'interesse a che la sua situazione giuridica non resti esposta al potere amministrativo per un tempo indeterminato e, eventualmente, a sapere che l'amministrazione ha rinunciato al proprio intendimento.

4. *La tutela nei confronti del silenzio significativo*

Il bisogno di tutela nei confronti del silenzio assenso è principalmente quello del terzo che subisce sacrificio dalla formazione del titolo abilitativo. Costui è pacificamente ammesso a contestare il silenzio assenso.

In parte della giurisprudenza amministrativa è diffusa la tesi che il silenzio assenso si forma solo se sussistono tutti i requisiti per il rilascio del provvedimento (non risulta, tuttavia, che qualcuno abbia mai prospettato che il silenzio rifiuto non si forma se non difettano – cioè se vi sono – i presupposti per il rilascio del provvedimento). A questa stregua, per essere coerenti, bisognerebbe ritenere che il silenzio assenso non può mai essere illegittimo, nel senso che esso si forma o non si forma, e la tutela del terzo dovrebbe passare attraverso un'azione di mero accertamento.

Senonché la verità è che il silenzio assenso si forma col semplice decorso del termine (tranne che l'istanza sia gravemente carente) per le ragioni ricordate anche di recente dal Consiglio di Stato: come il provvedimento amministrativo ordinariamente produce effetti ancorché invalido, così deve essere anche per il silenzio assenso, trattandosi

di una valutazione legale tipica che equipara l'inerzia agli effetti e al regime del provvedimento ampliativo. *“Reputare, invece, che la fattispecie sia produttiva di effetti soltanto ove corrispondente alla disciplina sostanziale, significherebbe sottrarre i titoli così formati alla disciplina della annullabilità: tale trattamento differenziato, per l'altro, neppure discenderebbe da una scelta legislativa oggettiva, aprioristicamente legata al tipo di materia o di procedimento, bensì opererebbe (in modo del tutto eventuale) in dipendenza del comportamento attivo o inerte della p.a. Inoltre, l'impostazione di "convertire" i requisiti di validità della fattispecie 'silenziosa' in altrettanti elementi costitutivi necessari al suo perfezionamento, vanificherebbe in radice le finalità di semplificazione dell'istituto: nessun vantaggio, infatti, avrebbe l'operatore se l'amministrazione potesse, senza oneri e vincoli procedurali, in qualunque tempo disconoscere gli effetti della domanda. [...]”* (Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746, dove anche una puntuale ricognizione degli argomenti letterali a sostegno di questa tesi).

Conseguentemente, il silenzio assenso può essere legittimo o illegittimo, a seconda che sussistano o meno i requisiti per il rilascio del provvedimento. La tutela del terzo, allora, non può che passare tramite l'azione di annullamento: in quanto occorre suscitare una sentenza costitutiva che rimuova gli effetti prodotti dal silenzio illegittimo. Il problema è piuttosto quello dei vizi che possono essere denunciati coi motivi di ricorso. Vanno esclusi i vizi attinenti alla forma dell'atto e quelli attinenti alle valutazioni discrezionali non compiute. Il ricorrente può dedurre vizi diretti censurare l'inesistenza dei presupposti vincolati per il rilascio del provvedimento. Si tratterà prevalentemente della violazione di legge ma anche di alcune ipotesi di eccesso di potere come il difetto dei presupposti.

5. *La tutela risarcitoria dei danni causati con l'omissione o il ritardo nel provvedere*

Il mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento è ipotesi di responsabilità, oggi prevista dall'art. 2—bis, l. n. 241/1990, e dall'art. 30 c.p.a.

Secondo la giurisprudenza prevalente per avere il risarcimento non basta che entro il termine non sia stato concluso il procedimento con l'adozione del provvedimento (danno da mero ritardo). Occorre l'accertamento della spettanza del provvedimento favorevole. Che può avvenire o per mano dell'amministrazione: quando essa rilascia tardivamente il provvedimento, spontaneamente o su ordine del giudice. Oppure nel processo, attraverso un giudizio prognostico da parte del giudice in ordine alla "spettanza" del provvedimento richiesto: valutazione che la giurisprudenza tende ad ammettere solo in assenza di discrezionalità amministrativa.

Così costruito, il risarcimento del danno da ritardo compensa il pregiudizio consistente nel non aver potuto godere del bene richiesto e spettante per un certo tempo: è il c.d. danno da impedimento.

Il danno da mero ritardo, tuttavia, andrebbe ammesso, in ragione dell'importanza che ha assunto la tempestività dell'azione amministrativa. La strada più breve e lineare – altre sono percorse da alcune pronunce, ad esempio riconducendo il danno da ritardo alla responsabilità per lesione dell'affidamento – consisterebbe nel liberarsi del pregiudizio, largamente diffuso in giurisprudenza, che danno ingiusto è solo quello arrecato al c.d. bene della vita. Danno ingiusto, invece, è quello non meramente patrimoniale, cioè quello che non consiste solo nella perdita economica, ma anche nel contestuale sacrificio di un interesse protetto. Che l'interesse al tempo abbia riconoscimento giuridico è indubitabile alla luce dell'art. 2, l. n. 241/1990. Quindi, lo si costruisca come diritto soggettivo frontistante ad un obbligo o come interesse legittimo o come interesse procedimentale, la sua lesione, se determina una perdita patrimoniale, configura danno ingiusto e merita di essere risarcita.

6. *La tutela nei confronti degli atti tardivi.*

Giurisprudenza consolidata ritiene che gli atti che l'amministrazione adotta oltre il termine di conclusione del procedimento sono legittimi in quanto detto termine ha carattere ordinario e l'amministrazione non

perde il potere di provvedere. La configurazione del silenzio come inadempimento consolida questo orientamento perché, come noto, l'inadempimento non solleva il debitore dall'obbligo della prestazione.

Questo crea un buco nero nel sistema della tutela nei confronti dell'inerzia in quanto, nei fatti, lascia esposta la sfera del privato all'intervento limitativo dell'amministrazione in ogni tempo. Inoltre, vanifica gli effetti di semplificazione amministrativa e certezza giuridica del silenzio assenso.

Anche su questo versante l'ordinamento italiano sta facendo grandi passi in avanti. Prima vigeva la regola giurisprudenziale per cui il termine era da considerarsi sempre ordinario a meno che la legge non lo qualificasse espressamente perentorio. Oggi abbiamo termini che non sono qualificati perentori dalla legge ma il cui superamento è vizio deducibile davanti al giudice amministrativo come motivo di illegittimità. Ciò si riscontra in tutti i casi in cui il termine è previsto per l'adozione di un atto indipendentemente dall'avvio del procedimento per l'adozione dell'atto stesso. Ad esempio il termine di 12 mesi per l'annullamento d'ufficio del provvedimento ampliativo previsto dall'art. 21-nonies l. n. 241/1990 inizia a decorrere dall'adozione di questo provvedimento ed è indipendente dai tempi dell'eventuale procedimento di autotutela. L'annullamento del provvedimento adottato in violazione di un termine di estinzione del potere ha un contenuto pienamente satisfattivo del ricorrente in quanto il provvedimento in questione non potrà in alcun caso essere riadottato pena il contrasto col giudicato.

Inoltre, è stata espressamente prevista in diversi casi l'inefficacia dei provvedimenti amministrativi adottati oltre il termine (art. 2, comma 8-bis, l. n. 241/1990). Ci si può domandare perché il legislatore parli di inefficacia, e non nullità o annullabilità come forse sarebbe più corretto. Una plausibile risposta è che la legge ha implicitamente preso atto che l'inefficacia del provvedimento amministrativo nullo è più una petizione di principio che una realtà che si ricava dall'ordinamento. L'azione di nullità deve essere proposta entro 120 giorni, trascorsi i quali il provvedimento diventa inoppugnabile, dunque efficace (art. 31, c.p.a.); dal che si leva il dubbio che in realtà il provvedimento fosse

efficace sin dall'inizio. La qualificazione del provvedimento tardivo come inefficace ha quindi il significato di affrancare la tutela dalle strettoie dell'azione di nullità. Significa che il privato avverso questo provvedimento può proporre l'azione di accertamento, non sottoposta ad alcun termine decadenziale, e che il potere del giudice è qui un potere di puro accertamento dell'inefficacia.

THE TEMPORAL LIMITATION OF ANNULMENT
DECISIONS IN THE FRENCH CONSEIL
D'ÉTAT'S CASE LAW

Olga Mamoudy

Professor of Public Law, University Paris Est Créteil, MIL

In his authoritative work on *Droit du contentieux administratif*, Professor Chapus explained, with regard to the question of the consequences of annulment decisions that “*case law was missing one decision to make its glory: one that would recognise the judge’s power to adjust the retroactive effect of the annulments he decides, so that this effect ceases to impose itself independently of the judge’s will as a fatal consequence of the annulment*”.¹

This now well-known ruling was handed down by the French Conseil d’État on May 11, 2004. This was the so-called *Association AC !* decision.² With this ruling, the administrative judge became the master of the *ratione temporis* effect of his decisions of annulment. He’s no longer a victim of what some called the “retroactivity diktat”.³

This case was ideal to recognize the power of temporal limitation of annulments. Indeed, the *Association AC !* requested the Conseil d’État to set aside for *ultra vires* several important administrative acts. The annulment of these administrative acts and the associated

¹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13th ed, Montchrestien, 2008.

² CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, n° 255886.

³ According to the expression borrowed from J. Gourdou, *Les conséquences de la constatation de l’illégalité d’un acte administratif par le juge administratif*, thesis Pau, 1996, 761.

retroactive effect would have therefore jeopardized the whole unemployment insurance system and undermined the rights of recipients and contributors. In order to prevent these destabilising effects, which were considered obviously excessive, the Conseil d'État recognised itself the power to limit the temporal effect of annulments decisions.

It did so by recognizing the following principle (or frame) with respect to administrative judges' duties. I'm quoting here the official translation from the Conseil d'État:

*“Whereas the annulment of an administrative measure implies in principle that this measure is deemed never to have existed; whereas, nevertheless, if it appears that the retroactive effect of this annulment is such that there are obviously excessive consequences due to the effects that this measure has brought about and the situations which could have arisen when it was in force and the general interest that may be linked to the temporary maintenance of its effects, it is the responsibility of the administrative judge – after having received the parties’ observations on this point and examined all the grounds of public order or set forth in the court, which could affect the legality of the measure in question – to take into consideration, firstly, the consequences of the retroactive status of the annulment on the various public or private interests concerned, and, secondly, the disadvantages which, with regard to the principle of legality and the litigants’ right to an effective appeal, a limit in time of the effects of the annulment would present; whereas it is his duty to assess, by comparing these elements, if they can justify that, exceptionally, a departure should be made from the principle of retroactive effect for the disputed annulments and, if so, to make provision in his annulment that, subject to legal proceedings undertaken on the date thereof against the measures issued on the basis of the measure in question, all or part of the effects of this measure prior to its annulment shall be regarded as final or even, where required, that the annulment should only take effect on a later date that he determines”.*⁴

The Conseil d'État immediately applied this new power to the case

⁴ V. <https://www.conseil-etat.fr/arianewebtraduite/#/view-document>.

in order to prevent the unemployment insurance system from consequences considered to be too serious in comparison to the advantages of a retroactive annulment.

In a purely judicial manner that never surprises French legal scholars, the Conseil d'État created the power of the administrative judge to limit the temporal effects of its annulments for *ultra vires*. All administrative courts may use it, within the general frame established by the Conseil d'État. In French administrative procedural law, this power has, therefore, no textual basis. It's a 100 % "judge-made" power.

The recognition of this power was inspired by other legal systems that experimented with it long before French administrative jurisdictions. This is particularly true of the temporal limitation power of the Court of Justice of the European Union, which is based on treaties but has been considerably expanded by the Court. Many constitutional courts have similar powers, including the High Constitutional Court of Austria, which was granted by the country's constitution as early as 1920, the power to determine the date on which the annulment of an unconstitutional law would take effect.

In French law, the *Association AC !* decision was the starting point for the recognition of temporal limitation powers for other French jurisdictions. Since 2004, many new powers have been established in that field. To mention only the main ones, the French Conseil Constitutionnel was granted by the Constitution the power to limit the effects of the repeal it decides in its *a posteriori* control of laws. And, both the Conseil d'État and the Cour de cassation have recognised, in a judicial manner, the power to limit the retroactivity of case law reversals.

The *Association AC !* decision has therefore contributed to a more general trend, that has freed judges from the temporal effects of their decisions affecting all of French procedural law. In French administrative procedural law, this ruling also marked the beginning of an important movement which aims at redefining the balance between legality and legal certainty. The main consequence of this

redefinition is that legality is no longer the be-all and end-all of *ultra vires* litigation.

Now, I would like to focus on three particular points that I consider essential for a good understanding of the general economy of the temporal limitation power which results from the *AC!* decision and its later evolutions since 2004.

1. The first point has to do with the various potentialities offered to administrative judges when they annul administrative decisions. Administrative judges have now absolute control over the temporal effects of the annulment.

Administrative judges may now do anything they want:

- Giving the annulment a retroactive effect. This remains the principle following an absolutist and objective conception of legality, according to which “*administrative measures that have been annulled are deemed never to have existed*” (*Conseil d’État, 1925, Rodière*).
- Depriving the annulment of its retroactive effect by setting the date of the annulment before the judge’s decision or by setting the date of the annulment on the same day as the judge’s decision.
- Depriving the annulment of its retroactive effect and *pro futuro* effects by declaring the annulment at a later date.
- Depriving the annulment of all effects by not setting any date for the annulment and by deciding that all effects already produced by the annulled act and all the effects it will produce in the future are final. In this case, the illegal and annulled act is maintained in the legal order without any correction to its illegality.

It’s therefore not only a power that is used to limit the temporal effect of annulments. More often than admitted it is also a power that is used to neutralize the effects of annulments and to protect legal certainty. This could happen without regard to the legality. Contrary to the rather too high-level presentation that is often made of it, this power is not an instrument that always ensures a perfect reconciliation

between legality and legal certainty. Legal certainty sometimes totally prevails over legality.

2. The second point relates to the development of the principles established by the *Association AC !* decision in the field of EU law. The most important evolution of those principles between 2004 and today is seen in cases where an administrative act is annulled for infringement of EU law.

Initially, the Conseil d'État did not intend to reserve any particular solution for annulments based on the violation of EU law. However, it was forced, under the direct influence of CJEU case law, to take into account the specificity of EU law. Since 2019, it now specifies that “*in the case of an annulment resulting from a failure to respect EU law, the temporal limitation power may be used only exceptionally and in the presence of an imperative need*”⁵.

However, despite this evolution it is not clear that the use of the power is in line with CJUE case law. It seems that the court required that when a national court intends to uphold an act that is contrary to EU law, it must submit a preliminary question in order to be authorised to do so by the Court⁶. From this point of view, the practice of the Conseil d'État does not always seem to be fully aligned with EU law.

3. The third and final point has to do with the criteria used by administrative judges to limit the temporal effect of the annulment of an administrative act. It's very difficult to clearly present the criteria leading the administrative judge to use his power.

Judges always refer to the standard of “obviously excessive consequences of the annulment” and evaluate these consequences only in regard to the impact of the annulment decision on legal certainty. In general, the temporal limitation of annulments allows judges to preserve the stability of legal situations based on illegal acts.

⁵ CE, 31 juillet 2019, *La CIMADE*, n° 428530.

⁶ V. CJEU 8 sept. 2010, *Winner Wetten GmbH*, n° C-409/06; CJEU 28 févr. 2012, *Inter-Environnement Wallonie*, n° C-41/11, spéc. pts 57 et suiv.

This power is used when the judge is convinced that the consequences of a retroactive annulment would be too serious. This conviction is sometimes based on objective elements that are difficult to challenge, such as the number of situations concerned and the length of the application of the act. However, it may also just reflect an intuition on the part of the judge, who simply fears the effects of his annulment even when they are hard to determine precisely.

It should be noted that even when the administrative act is affected by a very serious illegality, it never prevents the use of the temporal limitation power. As a result, the application of the power which results from the *Association AC !* decision has been much less exceptional than expected. Temporal limitation has thus become almost common place in actions for annulment.

This is problematic for two main reasons:

- First, for the guarantee of litigants' rights who generally want something other than a platonic sanction of illegalities committed by the administration.
- Second, for the objective protection of the principle of legality. This power leads to making it an increasingly relative element of French administrative law in contrast with its traditional approach when coupled with new mechanisms of French procedural administrative law.

LA MODULAZIONE DEGLI EFFETTI DELLE SENTENZE AMMINISTRATIVE ED I LIMITI DELLE CREATIVITÀ GIUDIZIALE

Antonio Cassatella

Professore di diritto amministrativo nell'Università di Trento

SOMMARIO: 1. Il giudice amministrativo come interprete e creatore di diritto. – 2. La sentenza meramente conformativa. – 3. Il prospective overruling. – 4. La sentenza normativa. – 5. Le ragioni della giurisprudenza e le necessità del sistema.

1. *Il giudice amministrativo come interprete e creatore di diritto*

Benché gli studiosi di ermeneutica si siano raramente occupati del fenomeno, i problemi sottesi all'interpretazione della disciplina amministrativa sono rilevanti sia sul piano quantitativo che qualitativo¹.

Sul piano quantitativo la mole delle disposizioni legali e regolamentari dedicate all'amministrazione rappresenta, secondo stime attendi-

¹ Restano essenziali, anche in chiave teorico generale, le riflessioni di M.S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1939, *passim*, cui hanno fatto seguito, nella letteratura successiva, i contributi di G. Corso *L'interpretazione della legge nel diritto amministrativo*, in A. Palazzo, *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, 251 ss.; L.R. Perfetti, *Principi costituzionali, istituti del diritto amministrativo e interpretazione delle norme*, in *Annuario Aipda 2004*, Milano, Giuffrè, 2005, 37 ss.; S. Vasta, *Alcune riflessioni sull'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2009, 473 ss.

bili, la maggior parte del diritto positivo italiano. Si tratta di una legislazione frammentaria e instabile, priva di carattere sistematico e condizionata da fattori esogeni, quali la pluralità delle fonti dell'agire amministrativo e l'ineliminabile presenza di aporie e lacune².

Lo stesso compito del legislatore appare comunque improbo, a fronte della vastità dei fenomeni da regolare. La pretesa di codificare una parte generale del diritto amministrativo – alla stregua di quanto avviene per il diritto civile o penale – risulta quindi vana, come conferma la diffusione di instabili testi unici settoriali, dedicati ad ambiti di intervento come l'edilizia, l'ambiente, i beni culturali, i contratti pubblici³.

Sul piano qualitativo, tale disciplina incide marcatamente sul godimento dei diritti e sull'attrattività socioeconomica del Paese nell'ambito della circolazione globale di persone e capitali.

Se può sembrare enfatica la tesi per cui il diritto amministrativo sarebbe un diritto costituzionale calato in concreto, metro dell'effettività dei principi declamati nelle carte costituzionali, non è dubbio che, quando venga in gioco il problema della titolarità e dell'estensio-

² Fra i vari contributi tesi a mettere in rilievo cause e conseguenze di un problema endemico cfr. almeno S. Cassese, *Lo stato presente del diritto amministrativo italiano*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2010, 389 ss.; B.G. Mattarella, *La trappola delle leggi*, Bologna, Il Mulino, 2011, *passim*; M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2015, 683 ss.; F. Merusi, *Sulla decostruzione del diritto amministrativo*, in Id., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2007, 27 ss.; F. Patroni Griffi, *La fabbrica delle leggi e la qualità della normazione in Italia*, in *Diritto amministrativo*, 2000, 97 ss.

³ È appena il caso di osservare, per il lettore che non si occupa del tema, come il ruolo di codice della parte generale del diritto amministrativo non possa essere attribuito alla l. n. 241/1990. Essa disciplina segmenti dell'attività amministrativa mediante la fissazione di norme di principio suscettibili di integrazione nell'ambito dei singoli settori di riferimento. Sulla rilevanza della l. n. 241/1990 rispetto alla residua disciplina dell'organizzazione e dell'attività amministrativa cfr., da ultimi, i contributi raccolti da A. Bartolini - T. Bonetti - B. Marchetti - B.G. Mattarella - M. Ramajoli (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, Giappichelli, 2021, *passim*.

ne dei diritti di fronte ai pubblici poteri, si pongano questioni interpretative di notevole delicatezza, sovente connotate da un'intrinseca politicità⁴.

Quantità e qualità dei problemi ermeneutici inerenti alle controversie amministrative spiegano perché si sia storicamente attribuita notevole importanza alla giurisprudenza quale fattore di integrazione e concretizzazione della disciplina di riferimento.

Si è osservato, a questo proposito, come in quest'ambito tendano ad assottigliarsi le differenze fra sistemi di *common* e *civil law*, dato che nell'Europa continentale è frequente la figura del *judge made law*. Basti l'esempio dell'opera di edificazione del diritto amministrativo francese da parte del *Conseil d'État*, per molti aspetti anticipatoria dell'attività svolta dal Consiglio di Stato italiano⁵.

Il dato trova conferma sul piano empirico. Non vi è istituto di diritto amministrativo che non sia stato prima elaborato dai giudici sulla base di argomentazioni di principio, per poi essere consolidato dal legislatore; o che, elaborato dal legislatore, non sia stato soggetto all'opera integrativa del giudice.

Su questo sfondo, una questione particolarmente interessante e attuale concerne l'interpretazione delle disposizioni di diritto processuale. Benché il processo codificato nel 2010 possa essere inteso come il risultato di prassi affinate nel corso dei decenni, è significativo osservare come l'intervento del legislatore non abbia avuto effetti stabilizzanti.

La causa più immediata dei fermenti interpretativi va rinvenuta nell'art. 1 c.p.a. e nell'introduzione del principio direttivo di effettività della tutela, da stabilire anche in rapporto agli artt. 24 Cost., 6 Cedu e

⁴ Circa i rapporti fra diritto costituzionale ed amministrativo nel senso richiamato, e non integralmente condiviso, cfr. F. Werner, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1959, 527 ss.

⁵ Si segnalano per tutti le considerazioni, realistiche e storicistiche, di S. Cassese, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in G. Pasquini, A. Sandulli, *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 2001, 1 ss.

47 della Carta di Nizza. Per quanto una parte della dottrina critichi il principio, in quanto tautologico e privo di valore euristico⁶, la giurisprudenza ne ha fatto uso per ampliare le tutele disponibili e per ridefinire il ruolo del giudice nella gestione delle controversie.

L'aspirazione alla tutela effettiva è divenuta il viatico per giustificare fenomeni compositi, come l'atipicità delle azioni, la cognizione estesa all'intero rapporto controverso, l'ampliamento delle misure cautelari e degli effetti conformativi del giudicato, la necessaria integrazione fra giudizi di cognizione e di ottemperanza.

Si è dunque lontani dall'ispirazione chiovendiana per cui il processo dovrebbe garantire all'attore-ricorrente tutto (e solo) quanto gli spetti sulla base del diritto sostanziale. Rovesciando i termini del discorso, il processo sembra semmai garantire alle parti quanto rientri nella disponibilità del giudice quale "signore" della controversia⁷: in un sistema di *judge made law* non sorprende, del resto, che *remedies precede rights*.

Ai fini di questo scritto non interessa approfondire i percorsi intellettivi che consentono al giudice di pervenire a tali risultati, connessi all'ulteriore tema della sua legittimazione democratica quale creatore di nuovo diritto al posto di un legislatore inerte o contraddittorio. Si tratta di temi che fuoriescono dall'oggetto della scienza del diritto amministrativo, e che possono essere meglio affrontate da storici, sociologi, filosofi e teorici generali del diritto⁸. Ciò non esime l'am-

⁶ Cfr. R. Villata, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravvivranno ai "cavalieri dell'apocalisse"?*, in *Rivista di diritto processuale*, 2017, 106 ss.

⁷ Si tratta, quindi, di prendere atto di quanto già desumibile dall'analisi compiuta da M. Nigro, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, 1967, ora in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 693, dove incidentalmente si evidenziava come la signoria della prova non fosse «che un logico accessorio della funzione "inventiva" propria del giudice amministrativo sia sul terreno della individuazione (che spesso è appunto creazione) delle situazioni giuridiche soggettive, sia sul punto della stessa formazione della regola giuridica».

⁸ Sulle origini del problema cfr. G. Rebuffa, *La funzione giudiziaria*³, Torino, Giappichelli, 1993, 26 ss. Nella letteratura recente, cfr. il dibattito a distanza, e su

ministrativista dal dovere di isolare i dati che possano essere proficuamente impiegati da altri nell'ambito di studi sul diritto e delle teorie generali che ambiscano a coglierne l'evoluzione.

Un ambito di particolare interesse, a tal fine, è rappresentato dalle recenti prassi giurisprudenziali relative alla modulazione degli effetti delle sentenze del giudice amministrativo. Si tratta di un tema di cruciale importanza per cogliere le tensioni fra legalità processuale, esigenze di tutela di tutti gli interessi sottesi alla controversia, creatività del giudice⁹.

Di seguito verranno esaminate tre diverse tecniche di modulazione degli effetti della sentenza: meramente conformativa, altrimenti ed impropriamente nota come pronuncia di annullamento non retroattivo; interpretativa pro futuro, secondo la tecnica del *perspective overruling*; normativa.

2. La sentenza meramente conformativa

L'assunto per cui l'annullamento dei provvedimenti ha sempre efficacia retroattiva rappresenta un classico dogma della scienza del diritto amministrativo. Esso vale per l'annullamento d'ufficio o su ricorso gerarchico come per l'annullamento giurisdizionale¹⁰.

L'efficacia retroattiva dell'annullamento è usualmente giustificata in rapporto alla necessità di ristabilire l'ordine originariamente violato dall'atto illegittimo, così da riparare la lesione prodottasi in forza della

posizioni opposte, di P. Grossi, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020, 113 ss., e L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, Mucchi, 2018, 14 ss. Con riferimento all'esperienza tedesca cfr. invece B. Ruthers, *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici. Costituzione e metodi. Un saggio*, trad. it. a cura di G. Stella, Modena, Mucchi, 2018, 89 ss.

⁹ Da ultimo, per una trattazione organica del tema, cfr. F. Saitta, *Interprete senza partito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 458 ss.

¹⁰ Per l'impostazione classica cfr. E. Cannada Bartoli, *Annulabilità e annullamento (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, Giuffrè, 1958.

sua emanazione ed esecuzione. Si resta, tuttavia, nell'ambito della finzione giuridica, tanto che la piena retroattività può essere inibita da sopravvenienze di fatto che impediscano di ristabilire la situazione violata. Se ne trova chiara traccia nel brocardo *factum infectum fieri nequit*, cui fanno rinvio i giudici per giustificare una limitazione dell'efficacia ripristinatoria delle sentenze di annullamento¹¹.

Nessuna disposizione di legge fonda o corrobora il dogma della necessaria retroattività dell'annullamento. La stessa dottrina ha messo in discussione i suoi fondamenti in rapporto all'efficacia temporale dell'annullamento d'ufficio, su cui l'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990 tace. Si è osservato – anche alla luce del diritto comparato – come la tutela dell'affidamento del destinatario dell'atto favorevole soggetto a ritiro possa determinare una limitazione dell'efficacia retroattiva del provvedimento di secondo grado, giustificando un peculiare annullamento *ex nunc*¹².

Su questo sfondo non può dunque considerarsi davvero rivoluzionaria la giurisprudenza che, in materia di impugnative di atti amministrativi generali, ha ritenuto possibile scomporre gli effetti della sentenza di annullamento, limitando la portata di alcune pronunce alla mera conformazione della futura attività amministrativa. Si accerta l'illegittimità di un piano viziato da errori procedurali e si ordina alla p.a. di riesercitare il potere in conformità alla regola di diritto individuata dal giudice. Non si elimina il piano impugnato, che continua ad essere efficace, in peculiare funzione di salvaguardia, fino alla nuova decisione dell'amministrazione¹³.

Si è già osservato, in altra sede, come la soluzione possa essere giustificata, sul piano tecnico, qualificando la sentenza di annullamen-

¹¹ Per una casistica sia consentito rinviare ad A. Cassatella, *Sub art. 34 c.p.a.*, in G. Falcon - F. Cortese - B. Marchetti (a cura di) *Commentario al codice del processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2021, 362 ss.

¹² Cfr. G. Falcon, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, 2003, ora in Id., *Scritti scelti*, Padova, Cedam, 2015, 475 ss.

¹³ Per una recente sintesi cfr. A. Giusti, *Tutela di (non annullamento) e principio di legalità*, in Bartolini – Bonetti – Marchetti – Mattarella - Ramajoli, *op. cit.*, 32 ss.

to alla stregua di un accertamento costitutivo, rispetto al quale il giudice conserva il potere di modulare le conseguenze dell'accertamento del vizio sul piano degli effetti costitutivi della pronuncia. Se ne desume la possibilità di scegliere se determinare il ripristino della situazione originaria o limitarsi a conformare la successiva attività della p.a.¹⁴.

Non è qui necessario ribadire i dubbi che, sul piano dello stretto diritto positivo, si possono formulare nei confronti di questa soluzione¹⁵. Basti qui osservare come manchi una previsione legale che consenta al giudice di giungere a questi risultati a fronte dell'art. 113, u.c., Cost., che pone una riserva di legge in materia di pronunce di annullamento, e dell'anodina formulazione dell'art. 34 c.p.a. Sul versante letterale e sistematico la questione resta quella di interpretare il contenuto della riserva di legge – inerente alla sola individuazione del giudice competente ad annullare, o estesa al tipo legale di annullamento – e, soprattutto, il silenzio del legislatore processuale sulla portata delle sentenze di annullamento: *ubi tacuit noluit* o *voluit*¹⁶.

Merita, piuttosto, di essere richiamata per esteso la tesi prospettata dal Consiglio di Stato per giustificare la modulazione conformativa della sentenza.

Premesso che «la misura tipica dello Stato di diritto - come affer-

¹⁴ Sia consentito rinviare ad A. Cassatella, *La modulazione degli effetti della sentenza di annullamento e i necessari limiti della formazione pretoria del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giuseppe Abbamonte*, I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 231 ss.

¹⁵ Dubbi che, in un'occasione rimasta isolata, sono stati prospettati anche dalla stessa giurisprudenza: cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 13 aprile 2015, n. 4.

¹⁶ Come puntualmente rileva A. Giusti, *op. cit.*, 40, la soluzione prospettata dalla giurisprudenza potrebbe contrastare con il nuovo art. 21 *decies* della l. n. 241/1990, che disciplina il procedimento semplificato di riedizione del potere successivo all'annullamento di autorizzazioni e valutazioni di impatto ambientale. Assunto che le misure semplificatorie riguardano determinati tipi di procedimento, si ritiene che la norma dia per presupposta l'efficacia retroattiva dell'annullamento, limitandosi a stabilire come vada riesercitato il potere di riforma dell'atto annullato.

matosi con la legge fondamentale del 1889, istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato - non può che essere quella della eliminazione integrale degli effetti dell'atto lesivo per il ricorrente, risultato difforme dal principio di legalità», nulla esclude misure atipiche. Infatti, «quando la sua applicazione risulterebbe incongrua e manifestamente ingiusta, ovvero in contrasto col principio di effettività della tutela giurisdizionale, ad avviso del Collegio la regola dell'annullamento con effetti *ex tunc* dell'atto impugnato a seconda delle circostanze deve trovare una deroga, o con la limitazione parziale della retroattività degli effetti, o con la loro decorrenza *ex nunc* ovvero escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi»¹⁷.

Nel caso di specie, il Wwf aveva impugnato un piano faunistico nella parte in cui la sua approvazione non era stata doverosamente preceduta da una valutazione ambientale strategia preordinata a garantire una più intensa protezione delle specie animali. Secondo il Consiglio di Stato, «ove il Collegio annullasse *ex tunc* ovvero anche *ex nunc* il piano in ragione della mancata attivazione della Vas, sarebbero travolte tutte le prescrizioni del piano, e ciò sia in contrasto con la pretesa azionata col ricorso di primo grado, sia con la gravissima e paradossale conseguenza di privare il territorio di qualsiasi regolamentazione e di tutte le prescrizioni di tutela sostanziali contenute nel piano già approvato (retrospettivamente o a decorrere dalla pubblicazione della presente sentenza, nei casi rispettivamente di annullamento *ex tunc* o *ex nunc*)».

Si possono tralasciare le considerazioni di diritto europeo sulla base delle quali il Consiglio di Stato ha ritenuto di poter modulare gli effetti delle proprie sentenze, esercitando un potere analogo a quello della Corte di Giustizia. Viene semmai in rilievo la considerazione, qui decisiva, per cui «sarebbe contrario al buon senso, oltre che in contrasto con l'interesse fatto valere in giudizio, disporre l'annul-

¹⁷ Cfr., anche ai fini delle citazioni immediatamente successive, Cons. Stato, sez. VI, 7 novembre 2011, n. 2755.

lamento *ex tunc* o *ex nunc* delle misure di tutela già introdotte, sol perché esse siano risultate insufficienti (non essendovi, né essendo stata prospettata, una normativa suppletiva di salvaguardia). Per di più, nel caso di specie, lo strumento generale programmatico e di regolamentazione è risultato privo di specifici vizi sostanziali (pur se - per il procedimento seguito - è ragionevole supporre che la mancanza della Vas abbia inciso sul suo contenuto, per l'assenza di valutazioni degli ulteriori profili di tutela prescritti dalla normativa di settore)».

Nel suo nucleo fondante - eliminati gli *obiter dicta* - la sentenza esprime un tipico ragionamento funzionalmente orientato alle conseguenze. Se si annullasse il piano impugnato si determinerebbe un arretramento della protezione degli interessi diffusi azionati in giudizio dal Wwf, e, con essi, una lesione dell'ecosistema. Più coerente con le esigenze di effettività della tutela di tutti gli interessi coinvolti - compreso l'interesse pubblico alla continuità della disciplina dei piani, di cui si fa carico il giudice - è l'integrazione istruttoria del procedimento di pianificazione mediante acquisizione di una Vas, cui si finisce per attribuire, in sostanza, un peculiare effetto "sanante"¹⁸.

La soluzione è senza dubbio ingegnosa e non priva di razionalità, confermando le peculiarità degli effetti di una sentenza che non può ricondursi ad una peculiare fattispecie di annullamento parziale, rientrante nel novero delle pronunce disciplinate dall'art. 34, comma 1, lett. a) c.p.a.¹⁹.

L'effetto conformativo, con rinvio all'adozione di un atto sanante, appare l'effetto di un bilanciamento di interessi compiuto dal giudice, che non applica all'atto illegittimo la sanzione dell'annullamento, ma fissa ulteriori conseguenze, volte a tutelare sia gli interessi diffusi

¹⁸ Benché non sia oggetto di espressa codificazione nella l. n. 241/1990, l'efficacia sanante dell'atto acquisito ora per allora viene usualmente riferita ad atti vincolati in concreto, e non discrezionali, come certamente deve ritenersi la Vas. Sul punto cfr. G. Falcon, *op. cit.*, 468 ss. e, nel senso appena indicato, R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*², Torino, Giappichelli, 2017, 708.

¹⁹ Per questo tentativo cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 13 aprile 2015, n. 4.

meritevoli di protezione che gli interessi pubblici emersi nel contesto della controversia. La soluzione, a ben vedere, è agevolata dal fatto che gli interessi diffusi e gli interessi pubblici sono espressione della medesima aspirazione alla tutela di ambiente ed ecosistema, cosicché la misura conformativa disposta dal giudice determina un risultato “a somma positiva” per tutte le parti.

3. *Il prospective overruling*

Nel vigente sistema spetta all'Adunanza Plenaria la funzione nomofilattica altrimenti demandata alla Corte di Cassazione.

Le radici della nomofilachia sono note e vanno necessariamente correlate ad una concezione dello Stato di diritto in cui legislatore e giudice devono concorrere nel garantire la certezza delle relazioni intersoggettive mediante la formulazione di regole chiare e suscettibili di applicazione uniforme e non contraddittoria.

Che si tratti di un'aspirazione ideale, smentita dalla prassi giudiziale degli ultimi decenni, non incide sulla portata precettiva delle disposizioni dell'art. 99 c.p.a., che affidano all'Adunanza Plenaria il compito di individuare e comporre i contrasti giurisprudenziali e di risolvere, mediante la «formulazione di principi di diritto nell'interesse della legge», le «questioni di massima di particolare importanza»²⁰.

Le funzioni demandate all'Adunanza Plenaria sottendono una concezione dichiarativa delle pronunce rese ai sensi dell'art. 99 c.p.a. Si assume, infatti, che, anche a fronte di contrasti giurisprudenziali o dubbî in ordine al significato della disciplina da applicare, l'Adunanza Plenaria disveli il significato originario delle regole, così da legittimare uno degli indirizzi divergenti emersi nella giurisprudenza.

²⁰ Su tale disciplina cfr., tra gli altri, G. Corso, *L'Adunanza Plenaria e la funzione nomofilattica*, in *Rassegna forense*, 2014, 633 ss.; E. Follieri, *Nomofilachia e certezza del diritto, con particolare riferimento al Consiglio di Stato*, in *Ars interpretandi*, 2015, 103 ss.; A. Pajno, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, sempre in *Rassegna forense*, 2014, 641 ss.

Questo modo di interpretare la funzione nomofilattica impone di applicare la soluzione individuata dalla Plenaria alla controversia che ha originato la sua pronuncia. Anche in tal caso si può dunque affermare la retroattività degli effetti della sentenza, in coerenza con la necessità di garantire che vittoria e soccombenza in giudizio vadano determinate con riferimento alle norme vigenti al momento della proposizione del ricorso e della formulazione della domanda.

Si tratta, nondimeno, di un dato che stride con la formazione giudiziale del diritto amministrativo, e con il già rilevato assunto per cui sono spesso le caratteristiche dei rimedi a comportare un ampliamento delle garanzie sostanziali nei confronti dell'amministrazione. La fisiologica creatività del giudice pone in crisi il dogma dell'efficacia dichiarativa dell'interpretazione sottesa all'accertamento giudiziale²¹.

Ne è cosciente la stessa Adunanza Plenaria, che, in alcune occasioni, ha attribuito alle proprie sentenze un'efficacia interpretativa *pro futuro*, facendo applicazione della tecnica del *prospective overruling* elaborata nel sistema statunitense²².

Il presupposto di questo tipo di sentenza è rappresentato dalle

²¹ Il problema è, invero, più vasto e concerne i limiti dell'attività di qualificazione ed interpretazione della domanda giudiziale da parte del giudice, entro la cornice rappresentata dalle previsioni dell'art. 32 c.p.a. e dal contrasto latente fra autore-sponsabilità della parte nella fissazione dell'oggetto della controversia e principio dello *iura novit curia*. Il contrasto si è fatto palese soprattutto con riferimento alle c.d. sentenza di "terza via" o a sorpresa, connesse all'emersione di questioni rilevabili d'ufficio in corso di causa, su cui cfr. almeno G. Crepaldi, *Le pronunce della terza via. Difesa e collaborazione nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2018, *passim*; F. Saitta, *La "terza via" e il giudice amministrativo: la "questione rilevata d'ufficio" (da sottoporre al contraddittorio) tra legislatore e giurisprudenza*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2014, 827 ss.

²² Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 26 luglio 2021, n. 5556; Cons. Stato, Sez. VI, 23 dicembre 2020, n. 8285. Sulle matrici culturali del fenomeno cfr. U. Mattei, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*, XIV, Torino, 1996, 148 ss. Con riferimento all'applicazione di questa tecnica nelle sentenze della Plenaria cfr. A. De Siano, *Il prospective overruling tra giusto processo e sentenza giusta*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2019, 1134 ss.

paventate ripercussioni derivanti dalla nuova interpretazione della Plenaria sull'esito della controversia o analoghe su controversie già pendenti, come pure sulla tutela degli interessi pubblici rilevanti²³.

Anche in tal caso, pertanto, la fissazione degli effetti sottende argomentazioni orientate alle conseguenze della pronuncia.

Nella sentenza che, per prima, ha sviluppato questo ordine di idee, l'Adunanza Plenaria era tenuta ad interpretare il regime relativo alla decadenza delle proposte di costituzione di vincoli paesaggistici su un'area destinata all'installazione di impianti energetici. Assunto che la soluzione proposta dalla Plenaria avrebbe avuto l'effetto di determinare la decadenza di una serie di proposte, lasciando prive di protezione numerose aree, il collegio osservava come il rischio potesse essere neutralizzato attraverso la modulazione degli effetti della propria pronuncia. Questo implicava che le proposte, da considerarsi decadute sulla base del nuovo indirizzo, conservassero provvisoriamente i propri effetti, destinati a venir meno allo scadere del termine di centottanta giorni successivi alla pubblicazione della sentenza in difetto di opposizione di vincolo²⁴.

Anche in tal caso occorre isolare, nell'articolata motivazione, gli *obiter dicta* dall'argomento da solo sufficiente a giustificare la soluzione proposta dalla Plenaria. Non si ritiene che abbiano reale incidenza sul risultato cui giunge il collegio né il paragone con la modulazione degli effetti dell'annullamento, né gli insistiti riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale²⁵.

²³ Così argomentando, si assume che il precedente giudiziario, ancorché non vincolante, abbia una particolare efficacia persuasiva soprattutto nei confronti di privati ed amministrazioni, ossia di soggetti ed istituzioni che – ancorché in possesso di conoscenze giuridiche – possono ragionevolmente confidare sulla stabilità di determinati indirizzi. Per una ricognizione del dibattito cfr. A. De Siano, *Precedente giudiziario e decisioni della p.a.*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2018, 134 ss. e, in particolare, 166 ss.

²⁴ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 22 dicembre 2017, n. 13, cui si rinvia anche per le successive citazioni.

²⁵ Anche sul punto sia permesso rinviare più diffusamente ad A. Cassatella,

Il passaggio più significativo attiene, piuttosto, all'individuazione degli effetti delle sentenze della Plenaria. Assunto il carattere interpretativo delle pronunce che dichiarano un principio di diritto, si avverte chiaramente come tali sentenze abbiano «efficacia retroattiva [trattandosi] di accertare il significato di un frammento dell'ordinamento giuridico qual era sin dal momento della sua venuta ad esistenza».

Tale retroattività non può, tuttavia, ritenersi assoluta. Ad avviso della Plenaria, infatti, può derogarsi alla retroattività delle sentenze interpretative in tutti i casi in cui lo esiga il «principio di certezza del diritto: si limita la possibilità per gli interessati di far valere la norma giuridica come interpretata, se vi è il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa, sempre che risulti che i destinatari del precetto erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni». Ne discende «la possibilità per il giudice di modificare un precedente, ritenuto inadeguato, per tutti i casi che si presenteranno in futuro, decidendo però il caso alla sua immediata cognizione in base alla regola superata».

Queste valutazioni sottendono un bilanciamento fra interessi contrapposti, a differenza di quanto accaduto nel caso della pronuncia con meri effetti conformativi, e possono sovente favorire l'amministrazione resistente, il cui interesse concreto prevale sull'applicazione della legge al caso disputato²⁶.

L'esito delle valutazioni discrezionali del giudice non è a somma positiva per tutte le parti, rischiando di penalizzare proprio chi ha

Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: un'innovazione necessaria?, in *Diritto processuale amministrativo*, 2018, 1134 ss.

²⁶ Per le questioni di diritto sostanziale sottese alla pronuncia della Plenaria cfr. C. Pagliaroli, *L'Adunanza plenaria interviene sull'efficacia delle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico in funzione nomopoietica*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2018, 1045 ss.

propiziato il rovesciamento dell'indirizzo interpretativo prevalente, a detrimento della stessa strumentalità del processo alla tutela immediata di chi chieda l'applicazione di una norma a proprio vantaggio²⁷.

4. *La sentenza normativa*

I due tipi di sentenza presi in esame esprimono, al di là delle evidenti differenze, una comune logica di fondo. A ben guardare, si tratta di pronunce parziali, in cui la decisione del giudice implica che il “più” contenga il “meno”, rispetto al contenuto della domanda di parte o dell'ordinanza di rimessione alla Plenaria.

L'annullamento si converte in un accertamento di illegittimità con effetto conformativo, da ritenersi implicitamente ricompreso nella richiesta di caducazione dell'atto; l'interpretazione dichiarativa si converte in un accertamento ad effetti differiti, da ritenersi ricompreso nella richiesta di stabilire il principio di diritto applicabile alla controversia. Ragionando in questi termini, non potrebbero prospettarsi un'*ultra* o *extra* petizione del giudice né una palese violazione dei principî della domanda o di corrispondenza fra chiesto e pronunciato²⁸.

²⁷ Con tali argomenti la stessa ricorrente in primo grado aveva impugnato per Cassazione la pronuncia della Plenaria. Il ricorso veniva tuttavia dichiarato inammissibile in quanto la sentenza non si pronunciava nel merito della controversia, ma formulava un principio di diritto suscettibile di concreta applicazione da parte della Sezione remittente. Cfr. Cass. civ., sez. un., 30 ottobre 2019, n. 27842. Va aggiunto come, nelle fasi successive del giudizio *a quo*, le proposte considerate non decadute – per effetto dell'interpretazione smentita dall'*overruling* – fossero state seguite dall'apposizione del vincolo, di nuovo impugnata dalla società. Il ricorso è stato accolto da Tar Molise, sez. I, 13 gennaio 2022, n. 3 per vizi relativi al difetto di istruttoria del procedimento di apposizione del vincolo.

²⁸ Le critiche della dottrina maggioritaria nei confronti della modulazione degli effetti attengono, non a caso, alla asserita violazione del canone generale stabilito dall'art. 112 c.p.c. ed applicabile anche al processo amministrativo in forza dell'art. 39 c.p.a. Per questi rilievi, cfr. fra gli altri C. E. Gallo, *I poteri del giudice amministrativo in*

Vi sono, tuttavia, casi in cui il giudice sembra andare oltre le proprie prerogative, superando il carattere parametrico del giudizio di legittimità o quello interpretativo delle pronunce nomofilattiche e stabilendo una nuova regola di condotta idonea a risolvere la controversia e futuri casi analoghi. La sentenza ha esplicito carattere normativo.

Si fa riferimento alle vicende relative al rinnovo delle concessioni demaniali marittime ed alle controversie originate dalla mancata prosecuzione di rapporti giunti a scadenza dopo numerose proroghe²⁹.

La Plenaria ha dovuto risolvere le controversie affrontando complesse questioni di diritto sostanziale. Si doveva stabilire in quale misura fosse effettivamente doveroso procedere allo svolgimento delle gare richieste dalle direttive unionali – previa disapplicazione della disciplina interna – o esistessero margini per un'ulteriore proroga dei rapporti concessori in essere.

Per quanto la Plenaria affermi di muoversi nel solco del *prospective overruling*, l'aspetto più significativo della sentenza concerne il contenuto conformativo della pronuncia che si accompagna alla determinazione del principio di diritto. Ferma l'illegittimità della proroga delle concessioni e il dovere di affidare le future gestioni dei lidi mediante gara, si è ritenuto necessario differire all'inizio del 2024 l'applicazione del regime ricostruito in via interpretativa.

Secondo il collegio, infatti, «la graduazione degli effetti è resa necessaria dalla constatazione che la regola in base alla quale le concessioni balneari debbono essere affidate in seguito a procedura pubblica e imparziale richiede di prevedere un intervallo di tempo necessario

ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 280 ss., A. Travi, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e non annullamento dell'atto illegittimo*, in *Urbanistica e Appalti*, 2011, 927 ss.

²⁹ Su questa giurisprudenza cfr., fra gli altri, M. P. Chiti, *Juger l'administration c'est aussi légiférer? L'Adunanza Plenaria sulle concessioni demaniali marittime*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2021, 869 ss.; A. Giannelli, G. Tropea, *Il funzionalismo creativo dell'Adunanza Plenaria in tema di concessioni demaniali marittime e l'esigenza del katékon*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2021, 723 ss. Per i profili sostanziali cfr. invece A. Claroni, *Passato, presente e futuro (incerto) delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative*, in *Diritto Marittimo*, 2022, 290 ss.

per svolgere la competizione, nell'ambito del quale i rapporti concessori continueranno a essere regolati dalla concessione già rilasciata. Detto periodo deve essere congruo rispetto all'esigenza funzionale di espletare le gare e di evitare il significativo impatto economico e sociale che altrimenti deriverebbe dall'improvvisa decadenza dei rapporti concessori in essere. Allo stesso tempo, il lasso temporale non può essere elusivo dell'obbligo di adeguamento della realtà nazionale all'ordinamento comunitario»³⁰.

Si è osservato, inoltre, come «l'intervallo temporale potrebbe altresì consentire a Governo e Parlamento di approvare doverosamente una normativa che possa finalmente riordinare la materia e disciplinare in conformità con l'ordinamento comunitario il sistema di rilascio delle concessioni demaniali». Si è comunque chiarito come «le eventuali proroghe legislative del termine così individuato (al pari di ogni disciplina comunque diretta a eludere gli obblighi comunitari) dovranno naturalmente considerarsi in contrasto con il diritto dell'Unione e, pertanto, immediatamente non applicabili ad opera non solo del giudice, ma di qualsiasi organo amministrativo, doverosamente legittimato a considerare, da quel momento, *tamquam non essent* le concessioni in essere»³¹.

Anche in tal caso, pertanto, la maggiore preoccupazione della Plenaria sembra rappresentata dalla necessità di contenere gli effetti economico-sociali della propria decisione, così da non generare ulteriori conflitti inerenti alla gestione dei rapporti concessori e delle successive gare, differendo ad una data stabilita discrezionalmente l'applicazione del regime individuato su base interpretativa. Si noti, tuttavia, come la misura non sia relativa alla gestione delle sole gare oggetto di

³⁰ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, alle quali si rinvia anche per le citazioni successive.

³¹ Sul punto si veda anche la recente Cons. Stato, Sez. VI, 1 marzo 2023, n. 2192, dove si è ribadita la necessità di disapplicare le ulteriori proroghe automatiche delle concessioni in imminente scadenza disposte dal legislatore al fine di rimettere in discussione l'assetto di interessi delineato dalla Plenaria.

lite, ma a tutte le gare future, con moniti a carico di amministrazioni e legislatore che rendono plastica l'efficacia *ultra partes* del principio affermato e la sua funzione normativa.

La natura della sentenza incide anche sul tipo di bilanciamento di interessi effettuato dal giudice, che tende a premiare l'interesse pubblico all'apertura concorrenziale del mercato. Che l'interesse all'attuazione della concorrenza nel settore delle concessioni balnearie sia l'unico rilevante ai fini della valutazione della legittimità delle proroghe non pare in discussione. Le ragioni delle imprese concessionarie, e delle stesse amministrazioni tenute ad indire le gare, sono contemplate ai soli fini dell'adeguata attuazione del principio di diritto.

5. *Le ragioni della giurisprudenza e le necessità del sistema*

Tutti i casi menzionati denotano, in progressione, una marcata creatività processuale del Consiglio di Stato. Queste sentenze tratteggiano una specifica immagine del giudice amministrativo.

Dalle motivazioni emerge, infatti, la raffigurazione del giudice come soggetto istituzionalmente responsabile delle conseguenze economico-sociali delle proprie sentenze, specie se queste ridondano a danno di beni e valori tutelati da Costituzione e fonti sovranazionali, quali ambiente, paesaggio, concorrenza. La prevalenza accordata alla trama di valori che emerge dalla prassi delle relazioni economico-sociali finisce dunque per attenuare la soggezione del giudice alla legalità sostanziale e processuale che si desume dall'art. 101, comma 2, Cost., in coerenza con una concezione debole e relativistica della stessa cogenza del diritto positivo³².

Si tratteggia, quindi, il profilo di un giudice proattivo nella ricerca del bilanciamento più adeguato di tutti interessi da tutelare “nel”

³² Si tratterebbe di un corollario di una visione mite – ma, si reputa, non del tutto innocua – del diritto, nei termini, ormai classici, di G. Zagrebelski, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, 180 ss.

processo e “dopo” la chiusura del processo, anziché di un giudice reattivo nel rispondere alla domanda della parte che chiede tutela.

Vi sono tuttavia dei confini fra fisiologia e patologia del sistema così determinato per opera del giudice.

Se i profili risultanti dalla prassi fossero quello di un bifronte giudice-amministratore, non vi sarebbe nulla di nuovo da discutere. Resterebbero attuali le parole di Nigro, che riteneva naturale e necessaria l'attività di composizione degli interessi ad opera del giudice amministrativo. Secondo Nigro, infatti, la speciale posizione istituzionale di quest'ultimo « dà sicurezza che la protezione della legalità non sarà mai assoluta e ciecamente consequenzia, ma sempre coordinata con la tutela dell'efficienza dell'azione amministrativa, quanto meno nel senso che non sarà mai spinta così a fondo da compromettere seriamente e vitalmente l'efficacia di questa azione»³³.

Per Nigro, non si sarebbe trattato di fenomeni episodici, ma di prassi decisionali espressive di una determinata filosofia politica del Consiglio di Stato, da ricondurre alla posizione istituzionale dello stesso organo ed alla cultura diffusa fra i propri componenti, prima ancora che ad opzioni esplicite dell'uno o dell'altro giudice. Ad avviso dello studioso «il nucleo centrale [di questa filosofia]... nel senso che è lo stesso canone di legittimazione [del Consiglio di Stato] è che sia possibile la conciliazione fra gli interessi e i diritti dell'amministrazione e gli interessi e i diritti dei cittadini, fra la salvaguardia della libertà e il mantenimento dell'ordine statale, fra l'esigenza dell'imparzialità e quella dell'efficacia amministrativa»³⁴.

Può discutersi attorno al fatto che la prassi osservata e stilizzata da Nigro corrisponda a quella attuale, a fronte della complessiva evoluzione del sistema e dell'integrazione fra diritto interno ed europeo. Si tratta, nondimeno, di una tesi che travalica l'epoca in cui fu formulata, nella parte in cui chiarisce come il processo amministrativo non sia

³³ Cfr. M. Nigro, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, 1974, in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 1055.

³⁴ *Ibid.*, 1076.

finalizzato ad accertare solamente le ragioni e i torti delle parti, ma pure ad orientare l'esercizio del potere, partecipando alla sua gestione.

Tralasciando i profili sociologico-politici dell'indagine necessaria al fine di individuare gli odierni caratteri dell'ipotizzata filosofia politica del Consiglio di Stato, ci deve semmai chiedere fino a quale soglia la prospettiva realistica di Nigro possa legittimare la creatività del giudice³⁵.

La questione può essere formulata chiedendosi fino a che punto l'interpretazione funzionale del diritto sostanziale e processuale praticata dai giudici amministrativi possa dirsi accettabile.

Nei suggestivi termini recentemente utilizzati da Mario Barcellona, si tratterebbe di stabilire se, nei casi indicati, si sia in presenza di una «riscrittura» (implementativa) o «nuova scrittura» (eversiva) delle disposizioni degli artt. 34 e 99 c.p.a., che, nello stabilire i contenuti delle sentenze, fissano anche il perimetro dei poteri del giudice in ordine alla fissazione degli effetti delle singole pronunce³⁶.

Il tema si congiunge ai rilievi dello stesso Barcellona in ordine al rapporto fra interpretazione e principio di separazione dei poteri. Per quanto attenuato e di incerto fondamento costituzionale, il principio deve ritenersi operante anche nel sistema vigente, quantomeno nella parte in cui si distinguono le funzioni spettanti a legislazione, amministrazione e giurisdizione e in cui si assume – ai sensi degli artt. 103 e 113 Cost. – che sia la legge a delimitare i confini della giurisdizione e gli effetti conseguenti all'accertamento dell'illegittimità.

Venendo ai punti controversi della prassi esaminata, vi è da chiedersi se la modulazione degli effetti delle pronunce di annullamento e delle stesse sentenze interpretative della Plenaria, cui consegua co-

³⁵ Nella letteratura recente, il valore di una sorvegliata creatività giudiziale è stato efficacemente messo in luce, seppur ad altri fini, da P.L. Portaluri, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, 163 ss.

³⁶ Cfr. M. Barcellona, *Dalla società del mutamento all'interpretazione funzionale del diritto*, in U. Izzo, a cura di, *Il diritto fra prospettiva rimediale e interpretazione funzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 55 ss.

munque un sindacato di legittimità dei provvedimenti impugnati e la loro possibile caducazione nel senso indicato dal Consiglio di Stato, trovino la propria fonte nell'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a. e nell'insieme di *rationes* che ne giustificano l'eccezione di significato.

Può convenirsi circa il fatto che la norma consenta al giudice di anticipare, nella fase di cognizione della controversia, la fissazione dei parametri che permettono all'amministrazione di conformarsi in maniera più adeguata al giudicato, così da evitare la stessa apertura di un giudizio di ottemperanza. La linea di discriminazione fra fisiologia e patologia del sistema attiene, pertanto, alle caratteristiche dei parametri individuati in sede di cognizione orientata alle conseguenze esecutive della sentenza.

Da questa angolazione, l'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a. consentirebbe al giudice di arricchire l'effetto conformativo con prescrizioni inerenti alle modalità di riesercizio del potere, individuabili in norme vigenti o in principi generali relativi alla formazione delle decisioni discrezionali, come proporzionalità, precauzione, ragionevolezza. Sembra invece esclusa la possibilità di far leva sull'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a. per introdurre nuove regole dell'azione amministrativa, alternative a quelle già vigenti e di non dubbia applicazione. Il che sta a riportare la linea di discriminazione fra fisiologia e patologia del sistema entro i binari dell'interpretazione *praeter* o *contra legem*.

La patologia si riscontra in tutti i casi esaminati, nel momento in cui si inquadri l'effetto della sentenza in rapporto alla disciplina sostanziale di riferimento, che conferma l'operatività di regole di segno opposto a quelle formulate dal giudice. In tutti i casi esaminati, infatti, la controversia si poteva risolvere a favore dei ricorrenti sulla base di regole in vigore e prassi interpretative non dubbie, ancorché criticabili in quanto inopportune ai fini della tutela di tutti gli interessi in gioco³⁷.

L'acquisizione "ora per allora" della Vas non pare ad esempio

³⁷ Critica che opera, tuttavia, sul differente piano delle politiche legislative e non al fine di attenuare gli effetti dell'applicazione della norma al caso concreto.

sostenibile, in quanto la sanatoria va riferita all'acquisizione tardiva di atti interni vincolati, inidonei ad incidere sul contenuto dell'atto ai sensi dell'art. 21 *octies*, comma 2, della l. n. 241/1990. Ne prendeva atto lo stesso giudice, ritenendo tuttavia secondario il problema in rapporto all'effetto pratico perseguito³⁸. Così anche le decadenze delle proposte di vincolo paesistico o le cessazioni dei rapporti concessorî non possono essere differite sulla base di scelte di mera opportunità, a fronte della natura perentoria dei relativi termini indicati *ex lege* o desumibili in via interpretativa³⁹.

Si tratta di ipotesi che lo stesso sistema processuale qualifica come anomale, giustificando l'impugnazione delle pronunce del Consiglio di Stato innanzi alla Corte di Cassazione per eccesso di potere giurisdizionale ai danni del legislatore⁴⁰.

In questa chiave di lettura, il rapporto fra interpretazioni implementative ed eversive prospettato da Barcellona risulta meno drammatico di quanto potrebbe sembrare di primo acchito, risolvendosi nell'ambito dei rapporti fra le giurisdizioni di vertice ed affidando alla

³⁸ Così anche A. Giusti, *op. cit.*, 33. Si aggiunga come il criterio generale di formazione progressiva delle decisioni amministrative, desumibile dall'art. 3 della l. n. 241/1990, implichi che le risultanze dell'istruttoria idonee ad incidere sulla ponderazione discrezionale di interessi debbano sempre precedere e mai seguire la decisione, incorrendosi altrimenti nel rischio di razionalizzare a posteriori scelte pregresse.

³⁹ Che i termini di decadenza delle proposte di vincolo o di durata delle concessioni debbano considerarsi perentori, in quanto posti da norme imperative nell'interesse pubblico, e non meramente ordinatori. La stessa dottrina evidenziava, in passato, come gli effetti derivanti dalla scadenza dei termini si producessero in via automatica, per effetto dell'applicazione delle norme di riferimento, senza il necessario intervento della p.a. e con esclusione di margini discrezionali per prolungare la durata temporale degli effetti degli atti, salve esplicite disposizioni di segno contrario. Cfr. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, 285.

⁴⁰ Anche sul punto, quantomeno ai fini di una sintesi del dibattito, sia permesso un sintetico rinvio ad A. Cassatella, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2018, 635 ss.

Corte di Cassazione il ruolo di giudice ultimo del tipo di interpretazione praticabile, nei termini stabiliti dall'art. 111, comma 8, Cost.

Il giurista che ancora confidi nel positivismo e nel sistema integrato di tutele prestabilito dal legislatore potrebbe sentirsi tranquillizzato dall'esistenza di un rimedio contro i possibili arbitri interpretativi del Consiglio di Stato. Chi guardi anche alla prassi ed all'ideologia dei giudici, oltre che alla storia delle relazioni fra i due alti consessi, potrebbe invece dirsi più scettico circa la tenuta complessiva del sistema, giacché il problema finisce per essere traslato su ideologie e tecniche interpretative del giudice di ultima istanza.

L'unico temperamento possibile, a diritto positivo invariato e a fronte della difficile configurazione di modelli alternativi a quello vigente, sembra rappresentato dalla diffusione di una cultura giuridica consapevole delle ricadute istituzionali di determinate interpretazioni. A questo riguardo, il dibattito originato dalle pronunce richiamate conferma, quantomeno, l'esistenza di un proficuo confronto fra giurisprudenza e dottrina circa l'impostazione e la soluzione delle singole questioni in rilievo.

Si potrebbe obiettare che il dialogo non porti a grandi risultati, posto che l'ultima parola spetterebbe comunque al giudice. Si tratta, invece, di un utile punto di partenza per garantire una visione plurale dei vari fenomeni, da vivificare anche attraverso un costante dialogo fra avvocati, giudici e studiosi. Riviste giuridiche tradizionali e *on line*, seminari universitari ed altre occasioni di dibattito possono contribuire, in tal senso, a razionalizzare le inevitabili trasformazioni di uno Stato di diritto che non cessi di fondarsi sull'equilibrio fra poteri, siano essi separati o integrati.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Angelo Giuseppe Orofino
*Professore ordinario di diritto amministrativo
nell'Università Lum Giuseppe Degennaro*

1. È stato detto che il tempo attuale ha una particolare vocazione per la giurisdizione¹. Si tratta di una vocazione sempre più evidente, la quale trova la sua ragione giustificatrice in plurime circostanze, certamente riconducibili alle profonde trasformazioni che hanno caratterizzato l'Europa occidentale negli ultimi due secoli². Sono trasformazioni che hanno avuto principio con l'avvento della seconda rivoluzione industriale³, ma che hanno portato a evidenti stravolgimenti sociali soprattutto a partire dal secondo dopoguerra⁴.

L'avvento di una società «pluriclasse» ha, infatti, comportato il

¹ N. Picardi, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, 41.

² In ordine alla azione modellante esercitata dalla storia sugli istituti del processo amministrativo v. F. Benvenuti, *Processo amministrativo (ragioni e struttura)* (1988), ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. V, Milano, Vita e Pensiero, 2006, 3967. In argomento v. anche M. Nigro, *Esperienze e prospettive del processo amministrativo* (1981), ora in Id., *Scritti giuridici*, tomo III, Milano, Giuffrè, 1996, 1451.

³ J. Esteve Pardo, *Antiparlamentarismo e democrazia. Il pensiero antiparlamentare e la formazione del diritto pubblico in Europa*, Bologna, Il Mulino, 50.

⁴ N. Bobbio, *Elementi di politica*, Torino, 2010, 240; B. Plessix, *Le droit public*, Parigi, Humensis, 2022, 6. In argomento v. anche B. Sordi, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, Giuffrè, 1987.

venir meno della coesione tipica dello Stato borghese⁵, per far posto ad una frammentazione sociale e istituzionale⁶, dalla quale è naturalmente conseguita una maggiore complessità dei sistemi giuridici⁷.

Nel descritto contesto, sono aumentate le ragioni di contrasti. Questi ultimi sono stati alimentati tanto dalla complessiva perdita di credibilità delle istituzioni⁸, quanto dall'attenuarsi delle visioni olistiche⁹ e dalla correlata «desocializzazione» delle comunità¹⁰, con conseguente attenuazione dei legami di cittadinanza¹¹. Si è affermata una visione iperindividualistica del mondo, caratterizzata da una cultura del narcisismo¹². Tutto ciò ha portato ad elevare il livello delle richieste rivolte alle amministrazioni, per mezzo di aspirazioni che mal si conciliano con l'idea della condivisione ed il senso di comunità¹³.

2. Parallelamente, si è attenuata l'importanza del momento di produzione delle regole, per via della cattiva qualità delle leggi¹⁴ adottate da un

⁵ M.S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986, 35.

⁶ A.G. Orofino, *Evolución de los derechos sociales y transformación del paradigma administrativo: el Estado social frente a la crisis económica*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 203, 2020, 323.

⁷ F. Benvenuti, *Evoluzione dello Stato moderno* (1959), ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. II, cit., 1825.

⁸ Cfr. J. Chevallier, *L'État en France. Entre déconstruction et réinvention*, Parigi, Galimard, 2023, 24, il quale afferma che «la sacralisation dont l'État est traditionnellement l'objet en France, en tant que clef de voûte de l'architecture sociale, est ainsi compromise».

⁹ C. Le Bart, *L'individualisation*, Parigi, Presses SciencesPo, 2008, 27.

¹⁰ A. Sandulli, *Il ruolo del diritto in Europa*, Milano, 2017, 75.

¹¹ J. Esteve Pardo, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid, Marcial Pons, 2013, 123.

¹² C. Lasch, *The Culture of Narcissism: American Life in an Age of Diminishing Expectations*, New York, W.W. Norton, 1979.

¹³ J. Chevallier, *L'État post-moderne*, VI ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2023 15.

¹⁴ M. Ainis, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, Laterza, 1997.

legislatore ipertrofico ed incoerente¹⁵; da un legislatore che troppo spesso si è dimostrato privo delle necessarie competenze¹⁶, oltre che sensibile alle pressioni ed ai condizionamenti lobbistici¹⁷.

La scadente tecnica di redazione degli atti normativi ha portato lo stesso giudice costituzionale italiano a stigmatizzare il «modo di esercizio della funzione legislativa, alluvionale e contraddittorio», e pertanto «foriero di incertezze applicative e di contenzioso», che «costituisce un onere amministrativo [...] inaccettabile»¹⁸. Il tema non è dibattuto solamente in Italia: anche in Francia il Conseil constitutionnel ha parlato di un principio costituzionale di chiarezza e intellegibilità della legge¹⁹, riconducendo tale principio all'ambito della certezza del diritto²⁰.

¹⁵ N. Irti, *L'età della decodificazione*, IV ed., Milano, Giuffrè, 1999.

¹⁶ M. Martín-Retortillo Baquer, *La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos*, in *Derecho Privado y Constitución*, n. 17, 2003, 377.

¹⁷ Osservava E. García de Enterría, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo*, in *Revista de Administración Pública*, n. 40, 1963, 189 e spec. 198, che «hoy la leyes es más cada vez, en las complejas sociedades actuales, un simple medio técnico de la organización burocrática, sin conexión con la justicia». In argomento v. anche C. Mortati, *Considerazioni sui mancati adempimenti costituzionali*, in Aa.Vv., *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, vol. IV, Firenze, Vallecchi, 1969, 463, che denunciava le pressioni esercitate sui soggetti istituzionali «dalle più potenti organizzazioni sociali» per ottenere «misure di favore». Sul punto v. S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1910), ora in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, 21, cui adde P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007, 208.

¹⁸ Si è trascritto da C. cost., 8 luglio 2020, n. 141. In precedenza con la storica sentenza C. cost., 24 marzo 1988, n. 364, il Giudice delle leggi aveva ritenuto illegittimo l'art. 5 c.p. nella parte in cui non consentiva la scusabilità dell'ignoranza della legge qualora, per fatto non ascrivibile all'interessato, quest'ultimo si fosse trovato nella impossibilità di conoscere il precetto penale.

¹⁹ P. Malaurie, *L'intelligibilité des lois*, in *Pouvoirs*, vol. 114, n. 3, 2005, 131 ; L. Benezech, *L'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi : retour sur vingt ans d'existence*, in *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 123, n. 3, 2020, 541

²⁰ Cfr. C. const., n. 2001-455 DC del 12 gennaio 2002, dove si afferma che «le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif

Oltre che per via della cattiva qualità della normazione, la intelligibilità degli atti normativi²¹ è oggi minata anche da tutta una serie di circostanze per così dire «esogene», cioè indipendenti dalla tecnica adoperata dalle assemblee parlamentari o dalla nomorrea, anch'essa evidentemente riconducibile alle responsabilità del legislatore.

Tra i fattori esterni che contribuiscono al fenomeno²², vi sono la moltiplicazione delle fonti sovranazionali e nazionali²³, ma anche il crescente tecnicismo²⁴ che consegue alla maggiore complessità tipica delle moderne società industriali²⁵. A causa dell'accentuato tecnicismo, le norme cessano di essere universalmente accessibili, per divenire comprensibili soprattutto a coloro che siano in possesso di determinati saperi specifici²⁶. Le esigenze di disciplina della tecnica finiscono, anzi, per condizionare il modo di produzione delle norme giuridiche²⁷, creando nuove relazioni tra tecnica e diritto²⁸.

de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent, afin de prémunir les sujets de droits contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques».

²¹ B. Mertens, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen. Theorie und Praxis der Gesetzgebungstechnik aus historisch-vergleichender Sicht*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2004, 354.

²² Sui quali v. Conseil d'État, *Rapport public 2006 : Sécurité juridique et complexité du droit*, Parigi, La Documentation française, 233.

²³ F. Ost e M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

²⁴ R. Brownsword, *Law, Technology and Society*, Londra, Routledge, 2019.

²⁵ G. Bocchi, M. Ceruti (a cura di), *La sfida della complessità*, Milano, Mondadori, 2007; M. Mitchell, *Complexity. A Guided Tour*, New York, Oxford University Press, 2009.

²⁶ N. Irti, *L'età della decodificazione*, cit., 31.

²⁷ R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2002, 252.

²⁸ J. Esteve Pardo, J. Tejada Palacios, *Ciencia y Derecho: la nueva división de poderes*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013. In argomento v. anche N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

Tutto questo porta a far sì che il principio di legalità²⁹ – strumento cardine³⁰ sul quale si sono fondati i moderni sistemi democratici³¹ – entri in crisi sempre più profonda³², lasciando spazio ad altri strumenti³³ e metodi³⁴ di regolazione degli interessi.

Gli ambiti non occupati dalla legge ricevono una disciplina mediante il ricorso ai principi generali del diritto, oltre che attraverso la creazione di «norme del caso concreto», cioè a dire di regole elaborate casisticamente, le quali traggono spunto dalle vicende fattuali specificamente prese in esame³⁵.

Si accentua, quindi, la *fattualità* che caratterizza il diritto amministrativo. Quest'ultimo, soprattutto nella sua dimensione pratica, si lascia influenzare dagli accadimenti e dalle esigenze concrete che svolgono una funzione poetica sulla norma applicabile³⁶, influenzandola e plasmandola³⁷. Il che accade in maniera ancor più evidente quando

²⁹ D. Jesch, *Gesetz und Verwaltung : eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzipes*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1961; L. Carllassare, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, Cedam, 1966; S. Spuntarelli, *L'amministrazione per legge*, Milano, Giuffrè, 2007.

³⁰ Definito come «une règle de droit primordiale» da B. Plessix, *Le principe de légalité en droit administratif français*, in *Revue française de droit administratif*, n. 2, 2022, 206. Parla di «deglotria», che limita la libertà intellettuale di tanti giuristi P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 92

³¹ E. García de Enterría, A. Menéndez Menéndez, *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*, Madrid, Civitas, 1997. C. Thornhill, *The Sociology of Law and the Global Transformation of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, 203.

³² D. Lochak, *Le principe de légalité. Mythes et mystifications*, in *Actualité juridique droit administratif*, 1981, 387.

³³ W. Lucy, *The Death of Law: Another Obituary*, in *The Cambridge Law Journal*, vol. 81, issue 1, 2022, 109.

³⁴ J. Esteve Pardo, *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Madrid, Marcial Pons, 2023.

³⁵ N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in Id., *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016, 19 e spec. 29.

³⁶ R. Bin, *Normatività del fattuale*, Modena, Mucchi, 2021.

³⁷ P. Grossi, *Sulla odierna fattualità del diritto*, in *Giustizia civile*, 2014, 11.

l'azione amministrativa si proietti verso il conseguimento di interessi pubblici di particolare rilievo.

Con un percorso che, nello stesso tempo, appare tanto speculare quanto parallelo, si accresce l'importanza dei principi³⁸. Questi ultimi, in ragione del loro carattere avvolgente e ordinante, magmatico e rassicurante, sono tradizionalmente serviti agli operatori giuridici per adeguare l'ordinamento alle istanze evolutive che nel tempo si sono manifestate³⁹, per via di trasformazioni sociali, economiche e della tecnica, tutte le volte in cui nuove esigenze abbiano reso inattuale la disciplina vigente, imponendone un adattamento al mutato contesto di riferimento⁴⁰. Il richiamo ai principi è, poi, servito a fondare un nocciolo duro di tutele, al fine di garantire la salvaguardia di taluni diritti e libertà, visti come espressione di regole fondanti l'ordinamento giuridico e, per questo, sottratti alla disponibilità del legislatore⁴¹.

L'utilizzo, da parte degli organi giudicanti, di principi e clausole generali è frequente quando si sia nella necessità di intervenire in settori caratterizzati da grande complessità, rispetto ai quali il legislatore si trovi in affanno. Tale uso è stato vieppiù necessario in quanto, a partire dal secondo dopoguerra, il giudice amministrativo si è assunto il compito di dare attuazione ad una serie di tutele (tanto processuali, quanto sostanziali) sancite dalla Carta costituzionale⁴². La situazione si è, quindi, evoluta ulteriormente grazie all'influenza esercitata dal di-

³⁸ N. Bobbio, *Principi generali di diritto*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, Utet, 1968, 887.

³⁹ J. Rodriguez-Arana, *El principio general del Derecho de confianza legítima*, in *Ciencia Jurídica*, vol. 2, n. 4, 2013, 59.

⁴⁰ E. García de Enterría, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo*, cit., 189.

⁴¹ S. Romano, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano* (1902), ora in S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, Giuffrè, 1969, 115.

⁴² V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1966. Più recentemente v. A. Police, *La giurisdizione amministrativa nella giurisprudenza*

ritto comunitario⁴³ e dalla Cedu⁴⁴, che hanno introdotto nell'ordinamento nazionale canoni atti ad influire sulla struttura del diritto amministrativo⁴⁵.

Chiamata a far vivere una serie di principi e clausole generali, la giurisprudenza amministrativa ha assunto, dunque, un ruolo sempre più evidentemente nomopoietico, dando luce a molte norme di matrice pretoria⁴⁶.

Il creazionismo giurisprudenziale, non ignoto in altre branche del diritto, appare certamente molto evidente nell'ambito pubblicistico⁴⁷,

della Corte costituzionale, in G. della Cananea, M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, 475.

⁴³ R. Villata, *Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2006, 848. V. altresì E. García de Enterría, *Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 103, 1999, 401.

⁴⁴ M. Allena, *La rilevanza dell'art 6, par. 1, Ced per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 569.

⁴⁵ Si afferma significativamente in Cons. St., ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13, che «l'interposizione del legislatore non occorre allorché via sia un principio generale dell'ordinamento UE direttamente applicabile che permetta al giudice amministrativo di pronunciarsi sulla legittimità degli atti della pubblica amministrazione [...], e ciò vale in particolare quando il giudizio di annullamento presenti uno spiccato carattere interpretativo».

⁴⁶ G. Zagrebeky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, 151, osserva che i principi hanno carattere impreciso e non rigidamente e meccanicamente costrittivo, così che la determinazione del loro significato reca con sé una matrice inevitabilmente creativa. Afferma autorevole dottrina che per la «loro ambivalenza, i principi processuali ora stanno dentro lo *ius positum* ora lo oltrepassano. Facilmente possono descrivere l'esistente o prescriberne il mutamento: ora, staticamente, si ergono ad impalcatura dogmatica delle soluzioni legislative già accolte; ora, dinamicamente, per l'eccedenza di contenuto deontologico che veicolano, pretendono un adeguamento dell'ordinamento positivo alle istanze che avanzano, quando non siano rispecchiate nelle norme vigenti» (A. Panzarola, *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, Cacucci, 2022, 11). In argomento v. anche G. Gallone, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto*, Bari, Cacucci, 2016, 34.

⁴⁷ P. Portaluri, *La cambiale di Fortshoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021.

caratterizzato da grande complessità e fluidità⁴⁸. La stabilità delle regole codicistiche manca in un diritto amministrativo costretto ad aggiornarsi e modificarsi affannosamente, per inseguire esigenze sempre nuove e articolate con le quali le amministrazioni debbono confrontarsi. Spesso la veemenza con cui il legislatore introduce nuove riforme sembra derivare anche da peculiari visioni politiche dei partiti che, in quel momento, dispongono delle maggioranze parlamentari. Talvolta, poi, alla base di alcune riforme vi è l'idea – di stampo puramente propagandistico – secondo cui ci si vuole accreditare con gli elettori unicamente per aver fatto qualcosa di «nuovo», così da innescare il «cambiamento»⁴⁹. Prevale la «cultura del fare» e del «fare in fretta». Non importa se si faccia *bene* o *male*; l'importante è agire per proporre soluzioni, da rivendicare con gli elettori⁵⁰.

Così come opportunamente evidenziato da Cassatella nel suo intervento, la mancanza di un codice di diritto amministrativo è dovuta probabilmente alla enorme complessità della branca da disciplinare⁵¹, così come al moto incessante di riforma che caratterizza questo settore dello scibile giuridico⁵².

Per avere un esempio di quanto detto, basti pensare al travaglio che ha caratterizzato gli articolati normativi che si sono cimentati nel compito di mettere ordine in taluni ambiti del diritto delle amministrazioni pubbliche. I testi unici volti a disciplinare il settore dell'edi-

⁴⁸ A. Moliterni, *Note minime in tema di complessità amministrativa*, in Aa.Vv., *Scritti L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2021, 810.

⁴⁹ M. Martín-Retortillo Baquer, *La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos*, cit., 379.

⁵⁰ B.G. Mattarella, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, Il Mulino, 2011.

⁵¹ Nota, invece, Falzea che il diritto deve essere ispirato dalla tendenza alla razionalizzazione (A. Falzea, *Complessità giuridica*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2007, 201),

⁵² A. Cassatella, *La modulazione degli effetti delle sentenze amministrative ed i limiti della creatività giudiziale*, in questo *Volume*.

lizia, quello delle espropriazioni, ovvero altri settori simili sono stati oggetto di frequentissimi interventi di riforma, finalizzati ad adeguare le disposizioni vigenti alle nuove esigenze poste dalla evoluzione del mercato, della società o, semplicemente, dall'intento di dare attuazione ad una nuova visione «politica» della materia.

Un caso emblematico può essere riferito a quanto accaduto nell'ambito degli appalti pubblici dove, nel volgere di pochi anni, si sono avvicendati tre differenti «codici», il primo promulgato nel 2006⁵³, il secondo nel 2016⁵⁴ e l'ultimo nel 2023⁵⁵. Il terzo articolato è entrato in vigore da troppo poco tempo per poter tracciare un bilancio, seppur provvisorio. Con riferimento ai primi due Codici (quello del 2006 e quello del 2016) si può, invece, osservare che nei pochi anni della loro vigenza sono stati oggetto di ripetuti e significativi interventi di modifica.

L'incessante avvicendamento di norme volte a disciplinare la materia dei contratti pubblici ha certamente causato problemi applicativi, nuocendo alla stessa certezza giuridica nel settore.

Per averne un esempio basti pensare a quanto accaduto con riferimento ad un istituto, tutto sommato di dettaglio: quello relativo ai costi della sicurezza da interferenze ed alle conseguenze di una loro ipotetica omessa indicazione. Sul punto sono sorti consistenti contrasti giurisprudenziali nel vigore del Codice del 2006, che hanno persino dato luogo a diversi interventi del Consiglio di Stato in adunanza plenaria⁵⁶. Con l'entrata in vigore del Codice del 2016 la questione è tornata alla ribalta, al punto che il supremo consesso ha ritenuto di chiamare in causa la Corte di giustizia al fine di sapere se la normativa nazionale in materia fosse compatibile con il diritto dell'Unione⁵⁷. Il

⁵³ D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

⁵⁴ D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

⁵⁵ D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

⁵⁶ Cons. St., ad. plen., 20 marzo 2015, n. 3; Cons. St., ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9; Cons. St., ad. plen., 27 luglio 2016, n. 19;

⁵⁷ Cons. St., ad. plen., 24 gennaio 2019, n. 1; Cons. St., ad. plen., 24 gennaio 2019, n. 3.

Giudice del Lussemburgo ha, quindi, risposto al quesito, offrendo i chiarimenti richiesti⁵⁸. L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata di conseguenza⁵⁹.

Quello appena descritto è il travaglio interpretativo che ha riguardato un istituto che non appariva di particolare rilievo sistemico. Ciononostante, la questione ha generato una considerevole mole di contenzioso, foriero di incertezze e di ritardi nella esecuzione degli appalti.

Vi è da domandarsi a chi abbia giovato tale incertezza. Certamente non ha giovato alle amministrazioni interessate ad una rapida ed efficiente esecuzione delle operazioni contrattuali.

La metafora della liquidità usata per descrivere il moderno contesto sociale⁶⁰ può in un certo qual modo servire per indicare la tendenza alla incertezza che caratterizza il diritto delle amministrazioni pubbliche⁶¹. Tendenza alla incertezza che spiega e, in parte, giustifica la costruzione pretoria di questa branca la quale, secondo una immagine oramai divenuta di comune dominio, si è formata «sur les genoux de la jurisprudence»⁶².

Quanto detto è particolarmente vero oggi dove la giurisprudenza assume un ruolo predominante non solo nella interpretazione (non di rado «creativa»⁶³) delle norme, ma anche nella individuazione di filoni

⁵⁸ C. giust., sez. IX, 2 maggio 2019, in causa C-309/18.

⁵⁹ Cons. St., ad. plen., 2 aprile 2020, n. 7.

⁶⁰ Z. Bauman, *Liquid Modernity*, Cambridge, Polity, 2000.

⁶¹ Parla di sistema «liquido», giacché caratterizzato dalla perdita del valore pre-cettivo del dato normativo, per via di una produzione legislativa frammentaria, A. Travi, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2015, 691. In argomento v. G. Messina, *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Milano, Giuffrè, 2012.

⁶² J. Rivero, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif*, in *Études et documents du Conseil d'État*, 1955, 23.

⁶³ F. Di Ciommo, *Sulla giustizia ingiusta (dalla giurisprudenza normativa alla giustizia del caso concreto)*, in *Foro it.*, 2018, parte V, 315. Sembra esprimere una opinione parzialmente differente J.-B. Auby, *Les défis auxquels sont confrontés nos droits administratifs*, in *Revue française de droit administratif*, 2024, 241 : «Quant aux juges admini-

i quali anticipano il contenuto di riforme legislative che in qualche modo compulsano⁶⁴.

Si parla, in proposito, di *diritto vivente*⁶⁵, sintagma che vuole sottolineare che le norme non «vivono» nella dimensione testuale, ricavabile all'esito delle pubblicazioni nei giornali ufficiali. Il diritto è, piuttosto, quello che «vive» all'esito della interpretazione che i testi normativi ricevono nelle aule di giustizia e attraverso la prassi applicativa.

Il giudice amministrativo cessa di essere «la bouche de la loi»⁶⁶, per divenirne «oracolo»⁶⁷. La dimensione pratica del giuridico porta ad un affievolimento del principio di certezza del diritto, che sembra quasi una conseguenza dell'affievolimento delle certezze che caratterizza il tempo attuale⁶⁸, contrassegnato dalla caduta dei grandi dogmi e dal declino delle aspirazioni alla affermazione di verità perpetue⁶⁹.

Tutto questo, come detto, accresce il ruolo e l'importanza degli interpreti⁷⁰, a discapito di quello del legislatore. Il che ha indotto taluni a parlare di «juristocrazia»⁷¹, a lamentarsi di un eccessivo protagonismo della giurisdizione⁷², ed affermare che la creatività giurisprudenziale abbia portato a trasformazioni nel modello ordinamentale previsto dalla Costituzione, con conseguente allonta-

stratifs, bien qu'ils aient perdu dans une large mesure leur pouvoir de création normative, ils conservent bien haut la faculté de rappeler les autorités exécutives au respect du droit».

⁶⁴ In argomento v. l'analisi di F. Saitta, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023.

⁶⁵ E. Resta, *Diritto vivente*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

⁶⁶ A. Barone, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, Cacucci, 2008, 75.

⁶⁷ J.P. Dawson, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1968.

⁶⁸ J.F. Lyotard, *La condition postmoderne. Rapport sur le savoir*, Parigi, Minuit, 1979.

⁶⁹ G. Vattimo, P.A. Rovatti (a cura di), *Il pensiero debole*, Milano, Feltrinelli, 1983.

⁷⁰ P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, cit., 96.

⁷¹ R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2004.

⁷² M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2023, 146.

namento dal paradigma della separazione dei poteri⁷³. Va, però, evidenziato che la dottrina più disincantata aveva avuto modo di notare che in Italia il fenomeno del creazionismo giurisprudenziale non è certo recente⁷⁴ e, probabilmente, è anche un fenomeno necessario⁷⁵, ove si pensi al costante bisogno di adattare il diritto alle esigenze poste dal cambiamento che si sta attuando in tutti i settori sociali ed economici⁷⁶.

3. La liquidità giuridica e la tendenza all'instabilità fanno da contraltare alla accresciuta importanza del singolo all'interno del contesto ordinamentale.

La centralità dell'uomo, affermata con vigore dalla Carta costituzionale, ha portato ad una rimodulazione del rapporto tra cittadini e amministrazioni. Il «nuovo cittadino»⁷⁷ aspira a sviluppare al meglio la propria individualità all'interno del contesto professionale, sociale ed economico nel quale si muove, così come la Costituzione gli garantisce. Egli chiede che le amministrazioni lo supportino attraverso lo svolgimento di una serie di attività, tanto di carattere provvedimentale quanto di prestazione di servizi. La piena realizzazione di ciascun essere umano è collegata alla qualità dei servizi resi dalle amministrazioni non meno di quanto lo sia al pregio dell'attività propriamente autoritativa posta in essere dagli enti pubblici.

⁷³ J.-É. Schoettl, *La démocratie au péril des prétoires. De l'État de droit au gouvernement des juges*, Parigi, Gallimard, 2022.

⁷⁴ J.H. Merryman, *The Italian Style III: Interpretation*, in *Stanford Law Review*, vol. 18, n. 4, 1966, 583.

⁷⁵ M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1969, 1025 e spec. 1046.

⁷⁶ B. Rüthers, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2016, 172: «Unvermeidbar ist das Richterrecht dort, wo die rasante und ständig zunehmende Veränderungsgeschwindigkeit aller Lebensbereiche immer häufiger gesetzlich unregelte Interessenkonflikte vor die Gerichte gelangen läßt».

⁷⁷ F. Benvenuti, *Il novo cittadino* (1994), ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. I, cit., 869.

Quanto appena detto merita una precisazione. Va, infatti, riconosciuto che la adeguatezza dei servizi offerti non di rado dipende *anche* (ma non *solo*) dalla adozione di provvedimenti di affidamento e istituzione, aventi varia fisionomia e tipologia. Si tratta quasi sempre di provvedimenti rispetto ai quali il singolo utente non assume la qualità di controinteressato, ma che ciononostante hanno un rilievo sullo svolgimento quotidiano della sua vita. Ad esempio, influiscono sulla qualità dei servizi resi da privati i provvedimenti di affidamento in gestione di un campo sportivo, così come quelli di aggiudicazione dell'appalto di mensa scolastica, di manutenzione del verde cittadino o di pulizia delle strade e raccolta dei rifiuti. Pertanto, la buona realizzazione dei servizi pubblici dipende (benché solo in parte) pure dallo svolgimento di funzioni autoritative di decifrazione dei fabbisogni, di individuazione delle modalità per soddisfarli, oltre che di allocazione delle risorse utili allo scopo. Sono tutte funzioni sulle quali ha modo di esprimersi il giudice amministrativo, giacché rientranti nell'ambito della sua cognizione giurisdizionale.

Il che dimostra l'importanza assunta dal Consiglio di Stato e l'invasività del controllo che è chiamato ad esercitare su tutti i più importanti momenti di svolgimento delle varie funzioni amministrative.

Tale controllo è agevolato dalla circostanza che l'esercizio di attività provvedimentali si confronta con una serie di regole procedurali e di garanzia, volte a consentire il sindacato da parte del giudice sullo svolgimento di tali funzioni, anche quando involgano l'esercizio di poteri discrezionali. Come messo in evidenza dagli interventi di Francesco Follieri⁷⁸ e Julien Martin⁷⁹, l'intensità del controllo si è nel tempo accresciuta, in maniera direttamente proporzionale con l'intensificarsi tanto dell'importanza del ruolo affidato alle amministrazioni nel mutato contesto ordinamentale, quanto dell'ingerenza che queste

⁷⁸ F. Follieri, *Il sindacato del giudice amministrativo italiano sui provvedimenti discrezionali*, in questo *Volume*.

⁷⁹ J. Martin, *Le juge administratif face aux pouvoirs discrétionnaires de l'administration*, in questo *Volume*.

esercitano nella vita quotidiana dei cittadini⁸⁰. Ciò è accaduto soprattutto quando, con l'avvento del Miracolo economico italiano, si è avviato un momento di estremo favore per l'economia nazionale⁸¹. In tale contesto si è fatto più delicato il ruolo degli enti pubblici e pressante l'esigenza che le loro scelte non ostacolassero la crescita.

L'accresciuta importanza delle amministrazioni ha, come si è detto, reso necessaria l'istituzione di contrappesi. Ciò ha condotto naturalmente il giudice amministrativo a dilatare gradualmente il vaglio giurisdizionale ed a rendere più penetranti le tecniche di sindacato⁸². Si è arricchita in questo periodo l'elaborazione teorica dell'eccesso di potere e si sono introdotti nuovi strumenti di tutela giurisdizionale.

In principio, questi poteri sono stati individuati pretoriamente dallo stesso giudice amministrativo.

Per averne un esempio, si pensi all'elaborazione di tecniche di sindacato sulla motivazione⁸³, originariamente escluse anche se con il disappunto di autorevole dottrina⁸⁴.

Si pensi, poi, ai nuovi mezzi offerti ai cittadini per contrastare l'agire delle amministrazioni e, quasi sempre, forgiati dalla elaborazione giurisprudenziale, senza il conforto di sostegni nel diritto positivo. Il riferimento è ad istituti come i giudizi avverso i silenzi delle amministrazioni⁸⁵, alle cosiddette ordinanze propulsive⁸⁶, alla concessione

⁸⁰ E. Cardi, S. Cagnetti, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, vol. V, Torino, Utet, 341.

⁸¹ E. Hobsbawm, *The Age of Extremes: The Short Twentieth Century, 1914-1991*, Londra, Abacus, 1995, 225.

⁸² A. Police, *Annullabilità e annullamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir. Annali*, I, Milano, Giuffrè, 2007, 49.

⁸³ A. Cassatella, *Il dovere di motivazione dell'attività amministrativa*, Padova, Cedam, 2013.

⁸⁴ Cfr. G. Miele, *L'obbligo di motivazione negli atti amministrativi* (1941), ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1987, 329, il quale commenta criticamente Cons. St., sez. IV, 19 febbraio 1941, n. 72, dove si esclude la necessità di motivare gli atti amministrativi discrezionali.

⁸⁵ Cons. St., ad. plen., 10 marzo 1978, n. 10.

⁸⁶ A. Panzarola, *Il giudizio cautelare*, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), *Il codice del*

di tutela cautelare *ante causam*⁸⁷, all'appello cautelare⁸⁸, ai poteri del giudice dell'ottemperanza⁸⁹, alla nullità degli atti amministrativi⁹⁰, ecc.

Sono tutti istituti rispetto ai quali l'elaborazione giurisprudenziale ha avuto un ruolo maieutico, sancendo nuovi poteri giurisdizionali, che poi sono stati fissati anche dal legislatore, con vari interventi di riforma.

4. Il ricorso del giudice amministrativo a forme di giurisprudenza creativa mediante le quali ha ampliato i suoi poteri e accresciuto gli strumenti di controllo della validità degli atti sottoposti al suo vaglio è in principio servito ad ampliare il novero delle tutele offerte ai cittadini. Questo appare vero soprattutto con riferimento ai trend registrati nel secolo scorso⁹¹. Può, invece, dirsi che a partire dal primo decennio del nuovo millennio, l'intervento creazionista si sia rivolto verso la direzione di garantire, attraverso le proprie sentenze, la stabilità degli effetti degli atti amministrativi⁹².

processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo, Torino, Giappichelli, 2012, 813, il quale riflette sul fatto che «la storia del processo amministrativo negli ultimi lustri può in verità concepirsi come quella della progressiva dilatazione dei contenuti delle misure cautelari concedibili».

⁸⁷ F.F. Tuccari, *Considerazioni sulla tutela preventiva nel processo cautelare*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1999, 869. Va evidenziato che le aperture in tema di tutela *ante causam* nel giudizio amministrativo sono state fortemente stimolate dalla giurisprudenza europea: A. Scognamiglio, *Ancora un intervento della Corte di giustizia in tema di tutela cautelare*, in *Foro amministrativo*, 1997, 381.

⁸⁸ Cons. St., ad. plen., 20 gennaio 1978, n. 1. In argomento v. anche C. cost., 1 febbraio 1982, n. 8.

⁸⁹ Cons. St., ad. plen., 14 luglio 1978, n. 23.

⁹⁰ Cons. St., ad. plen., 19 marzo 1984, n. 6; Cons. St., ad. plen., 29 febbraio 1992, n. 1; Cons. St., ad. plen., 29 febbraio 1992, n. 2; Cons. St., ad. plen., 5 marzo 1992, n. 5; Cons. St., ad. plen., 5 marzo 1992, n. 6; Cons. St., ad. plen., 9 settembre 1992, n. 10.

⁹¹ S. Cassese, *Le ingiustizie della giustizia amministrativa italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1984, 422 e spec. 427.

⁹² G. Gallone, *Stabilità giuridica, rapporto amministrativo e risarcimento del danno: «il re è nudo»*, in *Giustamm*, 2017.

Questo è, per esempio, accaduto quando si è ritenuto di dequotare i vizi volti a denunciare il mancato riconoscimento delle facoltà partecipative del privato. Anticipando la introduzione dell'art. 21 *octies* della l. n. 241/1990⁹³, una parte della giurisprudenza ha ritenuto che l'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento non potesse condurre all'annullamento dell'atto se non si fosse riusciti a dimostrare, con un giudizio prognostico, che la mancata partecipazione avrebbe potuto spiegare esito condizionante sul contenuto del provvedimento adottato: «Il giudizio prognostico sull'utilità sarà destinato a dare esito positivo non soltanto quando si lamenti in ricorso che l'omessa partecipazione si è posta in rapporto di connessione causale con vizi di legittimità sostanziale del provvedimento, ma anche quando il ricorrente si limiti a denunciare carenze istruttorie, insufficienze o travisamenti negli accertamenti di fatto; carenze che la partecipazione del privato al procedimento avrebbe consentito di superare e che, invece, hanno avuto efficacia condizionante la determinazione del provvedimento finale»⁹⁴.

Simili riflessioni possono essere fatte anche con riferimento agli effetti invalidanti di vizi di forma riscontrabili nel corso di procedure concorsuali. Come è ampiamente noto, il vaglio di legittimità dei provvedimenti di aggiudicazione di commesse pubbliche per molto tempo è stato condotto quasi esclusivamente sulla base di valutazioni di tipo formale. Per avere un esempio di quanto detto, basti pensare che si è ritenuta legittima l'esclusione di una impresa unicamente perché quest'ultima aveva omesso di firmare una sola delle centinaia di pagine che componevano il progetto offerta presentato in gara⁹⁵.

⁹³ F. Saitta, *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli art. 8, ult. comma, e 21 octies, 2° comma, l. n. 241 del 1990 a confronto*, in *Foro amministrativo Tar*, 2006, 2295.

⁹⁴ Si è trascritto da Tar Lazio, Roma, sez. II, 1 dicembre 2004, n. 14644.

⁹⁵ Cfr. Cons. St., sez. V, 19 ottobre 2011, n. 5619, dove si afferma che la clausola di esclusione prevista dal disciplinare nei confronti delle imprese che non avessero firmato ogni facciata dell'elaborato contenente l'offerta tecnica da esse fatta pervenire alla stazione appaltante «corrisponde ad un interesse sostanziale apprezzabile

Da un certo momento, però, la giurisprudenza amministrativa ha cautamente modificato i propri parametri di giudizio, sino ad affermare che la verifica di regolarità della documentazione prodotta all'interno di una procedura concorsuale non va condotta con lo spirito della caccia all'errore. Al contrario, tale verifica va effettuata in una prospettiva sostanzialistica, tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento in favore della semplificazione e del divieto di aggravamento degli oneri burocratici⁹⁶. Così decidendo, si sono invertite precedenti prospettive⁹⁷, e si è anticipata la riforma avutasi nel 2014 con la introduzione, ad opera del legislatore, del c.d. principio di tassatività delle cause di esclusione⁹⁸.

Ulteriore e recente esempio della tendenza di cui si è detto è offerto dalla decisione con cui l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha ritenuto di distinguere tra omessa e falsa dichiarazione⁹⁹. È noto che gli operatori economici che partecipino ad una procedura concorsuale per l'aggiudicazione di un appalto pubblico sono obbligati a autocertificare l'eventuale commissione di precedenti errori professionali. Secondo un consistente filone giurisprudenziale¹⁰⁰, era considerata falsa la dichiarazione con cui un concorrente avesse attestato erroneamente di non avere commesso illeciti che macchiassero il pro-

dell'amministrazione, che è quello alla autenticità ed alla certezza del contenuto integrale dell'offerta, assolvendo la sigla di ogni pagina la funzione di assicurare provenienza, serietà, affidabilità e insostituibilità dell'offerta, in tutti i suoi elementi, vincolando l'autore al contenuto di tutte le parti, nella specie separate in singole schede».

⁹⁶ Cons. St., sez. V, 21 settembre 2005, n. 4941; Cons. giust. amm. Sic., 29 gennaio 2007, n. 7; Cons. giust. amm. Sic., 26 ottobre 2010, n. 1311.

⁹⁷ M. Filice, *Dalla «caccia all'errore» alla verifica sostanziale: la parabola del soccorso istruttorio*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, 623.

⁹⁸ Tale principio è stato per la prima volta canonizzato dall'art. 4 del d.lgs. 13 maggio 2011, n. 70, che ha modificato l'art. 46 del d.lgs. 163/2006.

⁹⁹ Cons. St., ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16.

¹⁰⁰ G. Fidone, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, in *Diritto amministrativo*, 2022, 779.

prio *curriculum*, laddove al contrario egli fosse in qualche modo venuto meno ai propri doveri professionali, con comportamenti che ne avessero minato la affidabilità. Prendendo posizione sulla questione, l'adunanza plenaria ha ritenuto che, quando un operatore economico venga meno al dovere di dichiarare taluni illeciti che avrebbero dovuto essere vagliati dalla stazione appaltante, egli incorre solamente in una omessa dichiarazione. A ciò consegue che l'aggiudicazione deve essere annullata – non al fine di escludere l'operatore – ma allo scopo di consentire all'amministrazione di pronunciarsi espressamente sul rilievo dell'omissione e dell'episodio omesso. In questo modo si coniugano due esigenze contrapposte: quella a garantire la completezza dell'istruttoria, così che l'ente pubblico abbia modo (all'esito dell'annullamento giurisdizionale) di effettuare un vaglio su quanto non dichiarato; quella di lasciare che l'ultima parola spetti comunque all'amministrazione, la quale deciderà sul rilievo della vicenda. Tutto ciò rende possibile che identica omissione, stigmatizzata in due gare differenti, riceva diverso trattamento: non è improbabile che tale omissione sia giudicata inidonea ad incidere sulla serietà del concorrente da una stazione appaltante più comprensiva e, al contrario, gravissima e sintomatica di una evidente inaffidabilità da una stazione appaltante più severa. Il tutto con chiara disparità di giudizi e difficoltà nel formulare delle prognosi sull'esito della vicenda.

Infine, prova della inclinazione verso lo svilimento dei momenti formali e delle regole procedurali è offerta anche dalla Cassazione, la quale dà atto di una «innegabile evoluzione dell'ordinamento verso una progressiva relativizzazione della tutela apprestata dalle regole di rito»¹⁰¹. Si tratta di una evoluzione che porta ad una ad una enfaticizzazione del soggettivismo del giudice e dell'imprevedibilità del caso¹⁰².

Guardando alla giurisprudenza amministrativa degli ultimi tempi, si

¹⁰¹ Si è trascritto testualmente da Cass., sez. un., 23 gennaio 2015, n. 1238.

¹⁰² A. Panzarola, *La visione utilitaristica del processo civile e le ragioni del garantismo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2020, 97.

ha l'impressione di un giudice estremamente attento alle conseguenze socio-economiche prodotte delle proprie decisioni. Per questo, egli ne calibra con cautela gli effetti avendo particolare attenzione agli esiti che l'annullamento dell'atto può produrre.

Ed è proprio la necessità di «evitare gravi ripercussioni socio-economiche», che ha portato il Consiglio di Stato italiano a ritenere possibile la modulazione degli effetti di annullamento delle proprie sentenze¹⁰³. La stessa preoccupazione, del resto, ha ispirato anche la giurisprudenza costituzionale¹⁰⁴.

5. Guardando retrospettivamente a come il giudice amministrativo ha, nel tempo, interpretato il proprio ruolo paiono due distinguersi due fasi.

Nel corso della prima fase, che può approssimativamente essere fatta terminare intorno alla fine del primo decennio di questo millennio, egli ha ritenuto di erigersi a garante delle tutele che i cittadini reclamavano nel nuovo Stato unitario da poco formatosi e che successivamente, con l'avvento della Repubblica e con la promulgazione della Costituzione, hanno trovato un riconoscimento forte nella Carta.

¹⁰³ Si legge in Cons. St., ad. plen., n. 13/2017, che «all'Adunanza Plenaria è concessa la possibilità di limitare al futuro l'applicazione del principio di diritto al verificarsi delle seguenti condizioni: a) l'obiettivo e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare; b) l'esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata; c) la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche». In argomento v. Cons. St., ad. plen., 27 febbraio 2019, n. 4; Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755; Cons. St., sez. VI, 6 aprile 2018, n. 2133; Cons. St., sez. I, 30 giugno 2020, n. 1233. La modulazione degli effetti dell'annullamento è stata ritenuta possibile anche in sede di ricorso straordinario, qualora ciò si renda necessario per una migliore tutela degli interessi fatti valere nel giudizio in confronto con quelli pubblici e privati coinvolti, anche al fine di evitare che le esigenze di effettività della tutela trasmodino in situazioni di incertezza giuridica o amministrativa (Cons. St., sez. I, 30 giugno 2020, n. 1233). Sul punto v. C. giust., sez. II, 8 giugno 2023, in causa C-407/21.

¹⁰⁴ C. cost., 11 febbraio 2015, n. 10.

Si può pensare che abbia contribuito a questa evoluzione la istituzione dei Tar, come noto avvenuta negli anni Settanta del secolo scorso. Sin dal momento in cui hanno iniziato ad operare, i giudici di prima istanza hanno inteso offrire il loro apporto alla crescita del diritto amministrativo, partecipando alla sua conformazione¹⁰⁵. Tutto questo è accaduto in un contesto socio-economico – quello degli anni Settanta – certamente lacerato da crisi e da profonde tensioni ideologiche, che hanno persino portato alla nascita di un terrorismo di tipo politico¹⁰⁶. Ciononostante, «gli anni di piombo» sono stati anche anni di grandi riforme. Basti pensare che in questo decennio è stato promulgato lo Statuto dei lavoratori, sono state istituite le Regioni e i Tar, vi è stato il decentramento di molte funzioni amministrative¹⁰⁷, si è avuta la istituzione del Servizio sanitario nazionale, vi è stata una importante riforma del diritto di famiglia. Si è trattato di fattori di trasformazione, all'interno della quale si sono collocate anche le spinte evolutive che hanno caratterizzato l'ammodernamento del diritto amministrativo.

Tali spinte si sono persino intensificate negli ultimi due decenni del secolo scorso, per continuare flebilmente nei primi anni del nuovo millennio.

La situazione è, poi, gradualmente mutata negli ultimi tre lustri. Non è semplice decifrare le cause che hanno innescato il cambiamento. Può, però, ipotizzarsi che una delle ragioni che ha probabilmente influito sul mutamento di prospettiva assunto dalla giustizia amministrativa stia nella profonda crisi sociale, istituzionale ed economica, che ha interessato molti paesi europei.

Le esigenze dell'economia sono divenute prevalenti rispetto a quelle della giustizia. Le ragioni della legalità recessive rispetto a quelle

¹⁰⁵ M. Nigro, *Alcuni consigli (scarsamente ortodossi) ai giovani avvocati amministrativisti* (1976), ora in Id., *Scritti giuridici*, tomo II, Milano, Giuffrè, 1996, 1177.

¹⁰⁶ G. Sabbatucci, V. Vidotto, *Il mondo contemporaneo. Dal 1948 ad oggi*, VII ed., Roma-Bari, Laterza, 558.

¹⁰⁷ G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana 1861-1993*, Bologna, Il Mulino, 491

della efficienza. Alla giustizia è stato, dunque, chiesto di non essere di intralcio e di assecondare la crescita¹⁰⁸.

Alla crisi economica si è accompagnata anche quella istituzionale. Le pulsioni verso la disintermediazione¹⁰⁹ si sono manifestate pure all'interno della vita politica e amministrativa. Sono cresciute le spinte populistiche¹¹⁰ unitamente ad un senso di disaffezione dei cittadini nei confronti delle istituzioni democratiche¹¹¹, delle quali si è arrivati ad ipotizzare correzioni «epistocratiche»¹¹².

La situazione italiana è per certi versi più delicata, in quanto caratterizzata da un latente conflitto tra politica e magistratura, che ha avuto il momento di massima tensione durante la stagione di «Mani Pulite»¹¹³. Un conflitto che si è manifestato anche nei confronti della magistratura amministrativa. Sono note le proposte formulate da importanti esponenti politici, i quali hanno ipotizzato di sopprimere il G.A., in quanto accusato di bloccare la crescita economica del paese¹¹⁴. Nell'intervento

¹⁰⁸ A. Pajno, *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2015, 952 e spec. 969. V. anche M.A. Sandulli, *Crisi economica e giustizia amministrativa*, in L. Antonini (a cura di), *La domanda inevasa. Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo*, Bologna, Il Mulino, 2016, 289.

¹⁰⁹ Il concetto di disintermediazione nasce in campo economico, e sviluppa l'idea che le nuove tecnologie consentano agli utenti di svolgere autonomamente attività che, di solito, richiedevano figure di mediazione: la sua prima teorizzazione viene fatta risalire al lavoro di P. Hawken, *The Next Economy*, Holt, Rinehart and Winston, New York, 1983.

¹¹⁰ P. Rosanvallon, *Le Siècle du populisme. Histoire, théorie, critique*, Parigi, Seuil, 2020.

¹¹¹ Cfr. J. Tudela Aranda, *La democracia contemporánea. Mitos, velos y (presuntas) realidades*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 111, 2017, 125, il quale arriva ad affermare che «es la misma democracia la que se encuentra en crisis como valor compartido» (*op cit.* 150). Con toni più sfumati v. S. Levitsky, L. Way, *The Myth of Democratic Recession*, in *Journal of Democracy*, vol. 26, n. 1, 2015, 45.

¹¹² J. Brennan, *Against Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2016.

¹¹³ G. Buccini, *La Repubblica sotto processo. Storia giudiziaria della politica italiana 1994-2023*, Roma-Bari, Laterza, 2024.

¹¹⁴ S. Giacchetti, *La sagra estiva della caciara sulla giurisdizione amministrativa e sul PIL con un inquietante sfondo di poteri forti*, in *Lexitalia.it*, n. 9, 2017. In argomento v. la proposta di legge costituzionale C 5636 presentata alla Camera dei Deputati l'11

introduttivo di Olivier Renaudie¹¹⁵ si è avuto modo di verificare che il problema non è solamente italiano: anche in Francia il Consiglio di Stato è stato accusato di frenare lo sviluppo.

È fisiologico e comprensibile che i Tar ed il Consiglio di Stato non siano rimasti insensibili agli auspici ed alle pressioni provenienti dagli ambienti governativi e istituzionali. Auspici che hanno trovato sbocco anche in alcune riforme, con le quali il legislatore ha conformato la fisionomia del giudizio amministrativo¹¹⁶. Si tratta di riforme volte a garantire una trasformazione in senso efficientistico della giustizia¹¹⁷, riducendone l'impatto sulle funzioni svolte dalle amministrazioni. Un esempio lampante di quanto detto è dato dalle recenti disposizioni volte a rendere meno incisivo il momento cautelare nei giudizi aventi ad oggetto procedure di affidamento di interventi finanziati con il Pnrr, tema al quale ha dedicato opportuna attenzione l'intervento svolto da Vera Fanti¹¹⁸.

Nel contesto innanzi descritto non pare azzardato affermare che il Consiglio di Stato si sia preoccupato di coniugare il principio di effettività della tutela giurisdizionale con l'esigenza di evitare l'adozione di sentenze dagli esiti destabilizzanti per le situazioni intaccate dalla decisione.

Quanto sopra è chiaramente affermato dal supremo Consesso quando si è trovato a dover giustificare il potere di modulare nel tempo gli effetti delle proprie decisioni. Come opportunamente ricor-

dicembre 2012, rubricata «Abrogazione degli articoli 103, primo comma, e 125 e modifiche agli articoli 100, 111 e 113 della Costituzione. Soppressione della magistratura amministrativa», nonché il discorso pronunciato al Senato della Repubblica in data 24 febbraio 2014 dal Presidente del Consiglio dei Ministri (il discorso è reperibile al seguente indirizzo: https://presidenza.governo.it/GovernoInforma/documenti/RENZI_senato_20140224.pdf).

¹¹⁵ O. Renaudie, *Introduction*, in questo *Volume*.

¹¹⁶ A.G. Orofino, *Il processo amministrativo, tra accelerazione ed effettività*, in V. Fanti (a cura di), *Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, vol. I, Napoli, Esi, 2019, 513.

¹¹⁷ A. Garapon, *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, Parigi, 2010.

¹¹⁸ V. Fanti, *Verso una riscrittura del giudizio cautelare amministrativo*, in questo *Volume*.

dato da Antonio Cassatella e Olga Mamoudy¹¹⁹ si tratta di un potere che non trova un solido supporto nel diritto positivo. Per questo, dovendo assicurare un fondamento delle possibilità di derogare alla regola della retroattività, il supremo Consesso ha tenuto a precisare che la modulazione della portata temporale delle proprie pronunce e delle interpretazioni che esse propugnano in sede di *prospective overruling*, trova «fondamento, più che nel principio di effettività della tutela giurisdizionale, nel principio di certezza del diritto». Sicché la deroga alla regola della produzione *ex tunc* degli effetti (anche esegetici) può eccezionalmente essere disposta quando vi sia il «rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa» rispetto a quella che viene ad essere propugnata dall'adunanza plenaria¹²⁰.

Il Consiglio di Stato, dunque, dopo avere svolto un ruolo di costruttore di *tutele*, oggi pare voler assumere quello di costruttore di *certezze*.

In realtà, anche in precedenza il giudice amministrativo, ha contribuito alla edificazione dello statuto dei diritti del cittadino muovendosi con grande cautela, così che «la protezione della legalità non [fosse] mai assoluta e ciecamente consequenzialista, ma sempre coordinata con la tutela dell'efficienza dell'azione amministrativa, quanto meno nel senso che non [fosse] spinta così a fondo da compromettere seriamente e vitalmente l'efficacia di questa azione»¹²¹. Dunque non vi è nulla di nuovo nel fatto che il giudice si preoccupi dei contraccolpi causati dalle proprie sentenze.

Del resto, il processo amministrativo è da sempre stato caratteriz-

¹¹⁹ O. Mamoudy, *The Temporal Limitation of Annulment Decisions in the French Conseil d'État's Case Law* e A. Cassatella, *La modulazione degli effetti delle sentenze amministrative ed i limiti delle creatività giudiziale*, scritti entrambi pubblicati in questo *Volume*.

¹²⁰ Le frasi virgolettate sono tratte da Cons. St., ad. plen., n. 13/2017, l'enfasi è aggiunta.

¹²¹ M. Nigro, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, in Id., *Scritti giuridici*, vol. II, cit., 1051 e spec. 1055.

zato da una ambiguità di fondo¹²², giacché chiamato a conciliare due esigenze antagoniste. Anzitutto, quella correlata alla realizzazione della giustizia. Dall'altro lato, la necessità di garantire una adeguata considerazione dell'interesse pubblico¹²³.

Di tale doppio ruolo parlava Mario Nigro quando descriveva il mutamento di pelle che, già sul finire del secolo scorso, aveva interessato il giudice amministrativo, chiamato ad essere non tanto garante della «legalità-legittimità», quanto piuttosto della «legalità-giustizia». Egli non è solamente indotto ad assicurare la mera conformità dell'attività amministrativa all'ordine normativo preesistente, quanto (e soprattutto) a garantire un giusto assetto dei vari interessi presi in considerazione dai provvedimenti sottoposti al suo vaglio giurisdizionale.

Tutto questo, come detto, accentua la funzione creativa del giudice e la sua centralità nella soluzione dei conflitti sociali¹²⁴, anche attraverso un'operazione di adattamento delle norme allo spirito del tempo ed ai valori dominanti¹²⁵. Il che pare spiegare la cautela assunta dalla giustizia amministrativa negli ultimi lustri.

Di un atteggiamento conservativo vi è traccia anche in molte inaugurazioni di anni giudiziari o in discorsi di insediamento di Presidenti del Consiglio di Stato, nei quali si fa espresso richiamo «alla stella polare dell'interesse pubblico» che ispira l'azione dei magistrati¹²⁶. Pure nella relazione di insediamento pronunciata il 30 gennaio 2023 viene affermato che tutte le istituzioni italiane devono compiere «uno sforzo imponente per dare stabilità ed agevolare la ripresa economica». Sicché, nel descritto contesto, al Consiglio di Stato è chiesto di

¹²² G. Tropea, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2018, 889.

¹²³ M. Nigro, *Esperienze e prospettive del processo amministrativo* (1981), ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. III, cit., 1451.

¹²⁴ M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 3823.

¹²⁵ B. Rüthers, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, cit., 89.

¹²⁶ In argomento v. G.D. Comporti, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2014, 746.

agire «con indipendenza, ma anche con professionalità unita alla celerità, per garantire al contempo *legalità e sviluppo*»¹²⁷. La legalità, dunque, non è un valore che viene declinato in termini assoluti, ma viene temperata con le esigenze dello sviluppo.

Ed è proprio al fine di non contrastare l'efficacia dell'attività condotta dagli enti pubblici, che il giudice amministrativo – sempre più evidentemente giudice dell'economia¹²⁸ – si preoccupa di guardare con attenzione agli effetti delle proprie sentenze.

Ogni sentenza, però, produce effetti *immediati* ed effetti di *lungo periodo*. I primi sono quelli derivanti dalle conseguenze della decisione sullo svolgimento delle funzioni amministrative. I secondi sono collegati all'affermazione della *regola juris* individuata dalla sentenza.

I giudici amministrativi sembrano oggi tesi a valutare le conseguenze *immediate* dei propri provvedimenti ed a verificare – in una delicata operazione di bilanciamento – come tali provvedimenti impattino sui vari interessi pubblici presi in considerazione dall'agire amministrativo. Sembrano, altresì, attenti a garantire la certezza dei rapporti giuridici costituiti dai provvedimenti sottoposti al vaglio giurisdizionale, nonché più in generale la stabilità degli atti amministrativi.

È, però, doveroso che si guardi con attenzione anche alle conseguenze *di lungo periodo* derivanti dalla introduzione di talune regole giurisprudenziali che, una volta affermate, non possono poi essere disattese con leggerezza.

È stato sostenuto che la giurisprudenza non si occupa di questioni teoriche e non si dà cura di giustificare gli orientamenti che segue o gli atteggiamenti che assume, preferendo piuttosto lasciarsi guidare dalle esigenze pratiche dei giudizi, per giungere a decisioni che appaiono giuste in relazione al caso concreto¹²⁹.

¹²⁷ Le frasi virgolettate sono tratte dalla relazione di insediamento, reperibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

¹²⁸ G. Montedoro, *Il giudice e l'economia*, Roma, Luiss University Press, 2015.

¹²⁹ A. Piras, *Invaldità (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, Milano, Giuffrè, 1972, 598 e spec. 599.

E però, quando l'esito di una controversia sia il frutto di valutazioni contingenti e di soluzioni peculiari, le decisioni perdono di prevedibilità e rischiano di ingenerare disparità¹³⁰. Quando il giudice amministrativo guarda agli *effetti concreti* delle proprie decisioni più che alla *coerenza* dei propri orientamenti, rischia di entrare in contraddizione con quanto precedentemente detto, così dando luogo ad ingiustizie e generando sfiducia, insicurezza e disordine¹³¹.

Ma il Consiglio di Stato non può permettersi questo. Egli, in quanto chiamato a svolgere una funzione tanto delicata quanto esiziale all'interno dell'ordinamento repubblicano, non può permettersi di apparire come un giudice disordinato e incoerente: ne va della credibilità dell'istituzione e della fiducia che riesce ad ingenerare nei cittadini. Ne va del suo ruolo di guida nei confronti delle amministrazioni, che egli è chiamato ad orientare. Ne va del ruolo *pedagogico* che il giudice amministrativo (come ogni giudice) è chiamato a svolgere: attraverso le proprie sentenze, egli interpreta, insegna, orienta e *ammonisce*. È, quest'ultimo, un ruolo di evidente importanza, ove si pensi che la funzione giurisdizionale appare «di chiusura» nel sistema ordinamentale. Il giudice è il «patologo» del diritto, chiamato, all'occorrenza, a ristabilire la fisiologia dei rapporti. È fondamentale che egli sia vigile e coerente, così che gli operatori giuridici (tanto le amministrazioni, quanto i privati) sappiano che l'eventuale mancato rispetto delle regole del gioco provocherà il *sicuro* e *severo* intervento del giudicante, chiamato a ristabilire l'ordine violato.

A quanto detto, si aggiunga che è proprio la confusione sulle disposizioni applicabili (non importa se ascrivibile a leggi mal scritte

¹³⁰ Cfr. P. Calamandrei, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1952, 252 e spec. 259, il quale afferma che una giustizia caso per caso può significare giustizia di fazione, e risolversi financo in una negazione della giustizia.

¹³¹ A. Cassatella, *Separazione dei poteri, ruolo della scienza giuridica, significato del diritto amministrativo e del suo giudice. Osservazioni a margine di «Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri» di Massimo Luciani*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2024, 235 e spec. 254.

ovvero a contrasti interpretativi) una delle cause principali della proliferazione dei ricorsi giurisdizionali. La mole del contenzioso viene spesso additata come fenomeno che «intas» i ruoli giurisdizionali e contemporaneamente rallenta lo svolgimento delle funzioni amministrative.

La prevedibilità degli orientamenti giurisprudenziali è un valore irrinunciabile, anche in funzione della crescita economica¹³². È, pertanto, necessario che ciascuna corte, qualora ritenga di discostarsi da un proprio precedente orientamento, evidenzi le circostanze concrete che la hanno indotta a disattendere quanto detto in passato, così da chiarire (anche *pro futuro*) le ragioni fattuali e giuridiche che hanno ispirato la sentenza difforme. Un simile chiarimento è doveroso non solo per (ovvie) esigenze di trasparenza ed *accettabilità* della pronuncia, ma anche per definire adeguatamente il perimetro delle nuove affermazioni, così da stabilire (pure a fini deflattivi del contenzioso) fino a che punto, ed in che occasione, la nuova regola possa trovare applicazione in eventuali futuri giudizi¹³³.

L'attenzione per la stabilità degli effetti giuridici prodotti dagli atti amministrativi è stata qualificata in termini di declinazione del principio della certezza del diritto. In realtà tale principio può essere articolato secondo una differente, e più calzante, prospettiva: quella collegata alla prevedibilità degli esiti delle vicende processuali¹³⁴.

In un ordinamento nel quale il giudice ha un ruolo nomopoietico sempre più evidente, egli è chiamato a dare forma alla complessa trama dei rapporti, provvedendo ad offrire una intelaiatura giuridica

¹³² M. Trimarchi, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Diritto amministrativo*, 2016, 321.

¹³³ I.M. Marino, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nel quadro dell'evoluzione del rapporto fra pubblico e privato* (2001), ora in A. Barone (a cura di) *Ignazio Maria Marino. Scritti giuridici*, tomo II, Napoli, Editoriale Scientifica Italiana, 2015, 959 e spec. 979.

¹³⁴ F. Saitta, *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, in *Diritto amministrativo*, 2005, 585.

capace di ordinare la società¹³⁵. Nello svolgere il compito innanzi descritto, gli è richiesto di conoscere i precedenti ragguagliabili alla vicenda in esame ed applicarli al caso deciso o, quando se ne discosti, a chiarire le ragioni che lo hanno indotto a modificare indirizzo.

Va ricordato che la conoscenza dei propri orientamenti costituisce un dovere professionale del magistrato¹³⁶ e che vi è «un'esigenza largamente avvertita circa l'uniformità della giurisprudenza fin dalle pronunce di primo grado»¹³⁷. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che «while the Court is not formally bound to follow its previous judgments, it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that it should not depart, without good reason, from precedents laid down in previous cases»¹³⁸.

Tra le sfide che il diritto amministrativo contemporaneo deve affrontare vi è quella della complessità sempre crescente¹³⁹. I cambiamenti in atto stanno provocando nuove turbolenze, accelerando la disaggregazione delle fonti di produzione giuridica ed accrescendo il potere dei giudici nella creazione del diritto giurisprudenziale. In questo contesto, l'apporto alla crescita ed allo sviluppo deve essere offerto anzitutto contribuendo alla modellazione del diritto amministrativo,

¹³⁵ P. Grossi, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, 161.

¹³⁶ Cass., sez. trib., 24 gennaio 2007, n. 1564; Cass., sez. un., 17 dicembre 2007, n. 26482.

¹³⁷ C. cost., 22 aprile 1992, n. 189.

¹³⁸ Si è trascritto dal § 74 di Corte eur. dir. uomo, grande camera, 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. the United Kingdom*, n. 28957/95. Affermazione di identico tenore è ripetuta in molte sentenze della Cedu, tra le quali v. Id, grande camera, 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria*, n. 18030/11, § 150). Sul precedente Cedu e sul ruolo del giudice nazionale C. cost., 26 marzo 2015, n. 49.

¹³⁹ J.E. Soriano García, *El Derecho Administrativo y los desafíos del Siglo XXI*, in *Revista española de derecho administrativo*, vol. 150, 2011, 247; J.-B. Auby, *Les défis auxquels sont confrontés nos droits administratifs*, cit., 241.

così da essere pronti ad affrontare le sfide che il mondo contemporaneo pone.

Un mondo nel quale il giudice amministrativo è chiamato a costruire *certezze*. Deve farlo ponderando il peso di ogni singola decisione, anche sotto il profilo del contributo offerto da tale decisione alla interpretazione del diritto vigente e, quindi, della sostenibilità *pro futuro* della regola giuridica affermata in ciascuna sentenza.

PUBLIC ADMINISTRATION AT THE BOUNDARIES Studies and Perspectives on an Evolving Public Law

- 1) Giovanni GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo* (2023)
- 2) Costanza NICOLOSI, *Antiriciclaggio e pubblica amministrazione* (2023)
- 3) Fabiola CIMBALI, *La governance della sanità digitale* (2023)
- 4) Eva M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *From bureaucracy to artificial intelligence* (2023)
- 5) Isabel Celeste FONSECA, *Smart cities and law, e-governance and rights* (2023)
- 6) Elsa Marina ÁLVAREZ GONZÁLEZ (dirección), *La sostenibilidad ambiental del territorio. Retos para una gobernanza multinivel en materia de transparencia y participación pública* (2024)
- 7) Angelo Giuseppe OROFINO e Olivier RENAUDIE (a cura di), *Le juge administratif et ses pouvoirs. Il giudice amministrativo e i suoi poteri* (2024)

LE JUGE ADMINISTRATIF ET SES POUVOIRS IL GIUDICE AMMINISTRATIVO E I SUOI POTERI

The administrative judges are becoming increasingly more important in the French and Italian legal systems. Their powers and possibilities of influencing institutional life are increasingly broad. Therefore, it seems appropriate to analyze how the powers of the administrative judges are configured and how they are evolving. Due to the proximity of the French and Italian models of administrative justice, it seemed interesting to investigate this field from a comparative perspective.

ANGELO GIUSEPPE OROFINO is a Full Professor of Administrative Law at Lum Giuseppe Degennaro University. He is a co-editor in chief and the responsible director of the 'European Review of Digital Administration & Law' (www.erdalreview.eu), and a co-editor of the revue 'Il Processo'. He has directed and taken part in several international and national research projects. He has been invited as visiting professor by the Universities of Alicante, Clermont Ferrand, Limoges, Murcia, Nice, Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Santiago de Compostela and Toledo. His work focuses on digital administration law, transformations of administrative law, administrative litigation and administrative principles.

OLIVIER RENAUDIE is a Full Professor of Public Law at the École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne). He is the director of the Master 1 Droit public général and the Master 2 Contentieux public. He is also the director of the École doctorale de droit public de la Sorbonne and of the Groupement de recherche sur l'administration locale en Europe (GIS-GRALE). His work focuses on administrative law, administrative litigation and administrative science. He is particularly interested in litigation relating to safety, town planning and health.



UNIVERSITÉ
FRANCO
ITALIENNE

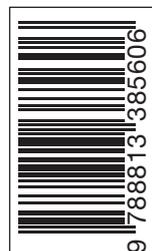
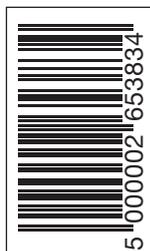
UNIVERSITÀ
ITALO
FRANCESE



UNIVERSITÀ

LUM

GIUSEPPE
DEGENNARCO



€ 24,00 I.V.A. INCLUSA