

Michele Trimarchi

**IL DIVIETO DI “PRONUNCIARE
CON RIFERIMENTO A POTERI
AMMINISTRATIVI NON ANCORA
ESERCITATI” ATTRAVERSO IL
PRISMA DELLA GIURISPRUDENZA**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

RASSEGNE, ARTICOLI E DOCUMENTAZIONE

[3724/1092] IL DIVIETO DI « PRONUNCIARE CON RIFERIMENTO A POTERI AMMINISTRATIVI NON ANCORA ESERCITATI » ATTRAVERSO IL PRISMA DELLA GIURISPRUDENZA.

Abstract: L'articolo contiene un'esposizione delle possibili interpretazioni del divieto per il giudice amministrativo "di pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati" (art. 34 c.p.a.) L'Autore accoglie la tesi secondo cui esso comporta che l'autorità giudiziaria non possa pronunciarsi sul rapporto controverso prima che l'abbia fatto, a qualsiasi titolo e in qualsiasi modo, l'amministrazione. La *ratio* del divieto viene individuata nel principio di separazione dei poteri, il quale impone che all'interno dello stesso "ciclo funzionale" vi sia alterità tra l'organo che delibera e quello che controlla. *The article examines the possible interpretations of administrative judge's ban "di pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati" (art. 34 c.p.a.) According to this ban, the court can not intervene before the administration has ruled on the case. The ban's ratio is found by the Author in a particular version of the power's division principle.*

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Alcune interpretazioni incompatibili con l'effetto conformativo della sentenza di annullamento e con l'azione di adempimento. — 3. Una interpretazione abrogatrice. — 4. Il divieto di « pronunciare con riferimento a poteri amministrativi come ancora non esercitati » come divieto per il giudice di pronunciarsi sul rapporto controverso prima dell'amministrazione. — 5. Divieto di « pronunciare con riferimento a poteri amministrativi come ancora non esercitati » e vizio di incompetenza. — 6. *Ratio* del divieto e separazione dei poteri.

1. *Premessa.*

All'interno di ciascun sotto-sistema normativo sono presenti previsioni "caratterizzanti", che contribuiscono più delle altre a determinare la fisionomia complessiva dell'oggetto della regolazione. Nella disciplina del processo questo fenomeno è particolarmente evidente: nei codici di rito, cioè, esistono disposizioni che, regolando ad esempio una fase del giudizio o i poteri delle parti o del giudice, influiscono in misura determinante sulla struttura dell'intero modello processuale, nel senso che la connotano, che ne consentono l'ascrizione ad uno piuttosto che ad un altro genere.

Tra queste vi è certamente, in relazione al processo amministrativo, l'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a., secondo cui « in nessun caso il giudice amministrativo può pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati »: una norma che mette in gioco per l'ennesima volta il problema dell'equilibrio tra potere giurisdizionale e amministrazione, dei limiti cui il primo deve soggiacere per non indentificarsi con la seconda.

In un tempo in cui si fa pressante l'esigenza della tutela, e in cui pertanto gli

sforzi della dottrina sono concentrati sulle norme e sugli istituti che realizzano o possono realizzare questo valore (1), una riflessione sui limiti posti all'azione del giudice amministrativo è di particolare interesse. Lo è, per un verso, perché di quei limiti è fondamentale individuare (se esiste, s'intende) la ragion d'essere nel contesto di un ordinamento complessivamente orientato a valori di segno opposto e, per altro verso, perché una chiara determinazione dei confini della tutela è condizione necessaria per l'individuazione del contenuto della stessa.

Obiettivo delle considerazioni seguenti non è di offrire una rappresentazione esaustiva dei molti e complessi problemi suscitati dalla norma con riferimento agli equilibri tra potere amministrativo e potere giurisdizionale né, a maggior ragione, di proporre soluzioni ricostruttive in questo campo, ma solo di valutare criticamente, alla luce dei valori costituzionali e della fisionomia complessivamente assunta dal processo amministrativo, i significati che la giurisprudenza amministrativa ha attribuito alla controversa previsione (2) nei quasi tre anni di applicazione del Codice.

2. *Alcune interpretazioni incompatibili con l'effetto conformativo della sentenza di annullamento e con l'azione di adempimento.*

Interpretando alla lettera il divieto di pronunciare « con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati » si potrebbe ritenere vietato al giudice amministrativo di indirizzare con la propria pronuncia l'attività successiva dell'amministrazione (3).

Una simile lettura, tuttavia, si porrebbe in aperto contrasto con l'efficacia generalmente riconosciuta alle sentenze di annullamento, dalle quali — come noto — scaturisce un vincolo a carico dell'attività amministrativa a valle del giudizio la cui intensità dipende dalla natura, formale o sostanziale, del motivo di impugnazione accolto (4).

(1) V. l'ampio quadro delle dottrine successive al codice del processo amministrativo offerto da R. VILLATA, *Dodici anni dopo: il Codice del processo amministrativo*, in B. SASSANI - R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 53-58.

(2) «Norma in verità di non perspicua intellegibilità» la considera B. SASSANI, *Le azioni*, in B. SASSANI - R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, cit., 349, nota 12.

(3) Secondo questa interpretazione il divieto di cui all'art. 34 c.p.a. si porrebbe in una ideale linea di continuità con l'art. 45, comma 1, r.d. n. 1054/1924, che prevedeva la salvezza dei provvedimenti dell'autorità amministrativa successivi alla sentenza di annullamento. Il «divieto di pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati» sarebbe dunque un corollario della inesauribilità del potere amministrativo. Cfr. G. CORSO, *Sub art. 34*, in A. QUARANTA - V. LOPILATO, *Il processo amministrativo. Commentario al D. lgs. 94/2010*, Milano, 2011, 339 s.

Sull'inesauribilità del potere amministrativo v. S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, 180; E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 95; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 336.

(4) Per tutti M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, 436 s.; *Id.*, *Giustizia amministrativa*, dove la distinzione tra effetto vincolante pieno (diretto o indi-

Il contrasto non potrebbe essere risolto a favore del divieto di cui al secondo comma dell'art. 34, cioè amputando le sentenze di annullamento del loro tipico effetto conformativo, dal momento che questa soluzione, oltre a collidere con il disposto dell'art. 34 comma 1, lett. c. del c.p.a., il quale, consentendo la nomina del commissario ad *acta* già in sede di cognizione, presuppone l'attitudine (anche) delle sentenze di annullamento a indirizzare l'attività successiva dell'amministrazione (5), avrebbe evidenti ricadute in termini di arretramento della tutela giurisdizionale degli interessi legittimi, incompatibili con il quadro costituzionale.

La medesima interpretazione del divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati sarebbe inoltre difficilmente conciliabile con la possibilità di proporre davanti al giudice amministrativo, sia pur contestualmente all'azione di annullamento, la c.d. azione di adempimento (6) (introdotta con il secondo correttivo al codice del processo amministrativo a seguito di un intenso dibattito giurisprudenziale e dottrinale (7)). Mediante questa azione, infatti, il ricorrente, impugnando il provvedimento di rigetto, può chiedere al giudice amministrativo di condannare l'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto: chiamando così il giudice a pronunciarsi, ancora una volta, « con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati ».

Per la verità, si tratta in entrambi i casi di difficoltà non insormontabili, dal momento che per aggirare il divieto posto dall'art. 34 basterebbe argomentare nel senso che il giudice, orientando l'attività successiva all'annullamento o condannando l'amministrazione all'adozione del provvedimento richiesto, in realtà si pronuncia su di un potere già esercitato attraverso l'atto impugnato ed annullato.

Ove si adottasse questa interpretazione, tuttavia, il divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi resterebbe pur sempre in contrasto con il potere del giudice di decidere sulla « fondatezza della pretesa » all'interno del rito sul silenzio (art. 31, comma 3, c.p.a.). Non v'è alcun dubbio, infatti, che, il giudice il quale, accertata l'inerzia, condanna l'amministrazione all'adozione del provvedimento richiesto, si pronuncia « con riferimento a poteri non ancora esercitati » (8).

retto), semipieno, secondario o strumentale; cfr. M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 65 ss.

(5) In tema A. GIUSTI, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, 2012, 23 ss.

(6) L'art. 34 comma 1, lett. c., ultimo periodo, come modificato dal Dlgs. 14 settembre 2012, n. 160, prevede che « l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio ».

(7) Lo si può vedere in A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012; 185 ss.; I. PAGNI, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 2012. Per la posizione favorevole v. M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010, e, per quella contraria, A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *Atti del 56° Convegno Nazionale di Studi Amministrativi tenutosi a Varenna dal 23 al 25 settembre 2010*, Milano 2011, 75 ss.

(8) P. CARPENTIERI, *I provvedimenti del giudice*, in B. SASSANI-R. VILLATA, *op. cit.*, 1102.

3. *Una interpretazione abrogatrice.*

Da quanto detto emerge l'esigenza di precisare il significato di una disposizione la cui interpretazione letterale potrebbe dar adito a conseguenze incompatibili con il sistema delle tutele, così come delineato dallo stesso codice del processo amministrativo.

Per non incorrere nelle contraddizioni segnalate, sembra doversi ritenere che tra i « poteri non ancora esercitati » di cui all'art. 34 c.p.a. non rientrano quelli connessi all'attività « rinnovatoria », posta in essere dall'amministrazione a seguito dell'annullamento in presenza di una regola conformativa dettata dalla stessa sentenza o in presenza di una pronuncia di condanna a provvedere in senso favorevole al privato.

Stabilito dunque che il secondo comma dell'art. 34 non vieta al giudice di indirizzare l'attività successiva dell'amministrazione, rimane aperto il problema di definire in positivo la portata del divieto.

Secondo un indirizzo giurisprudenziale, esso andrebbe inteso nel senso che il giudice, non potendosi sostituire all'amministrazione se non quando esercita giurisdizione di merito, non può condannare l'ente all'adozione di provvedimenti discrezionali (9). Può, al contrario, esercitare il potere di condanna a provvedere quando il provvedimento richiesto è vincolato in astratto (cioè perché la legge ne subordinava il rilascio all'accertamento di alcuni presupposti di fatto) o in concreto (perché l'istruttoria è stata compiuta, ovvero perché non residuano spazi di discrezionalità « non spesa » all'interno del procedimento), dal momento che in questi casi l'amministrazione non è (o non è più) titolare di « potere » in senso tecnico (e, quindi, non trova applicazione il divieto previsto dall'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a.) (10).

Questa interpretazione ha il difetto di svuotare la norma di ogni contenuto

(9) TAR Trentino Alto Adige, Trento, sez. I., 9 marzo 2012, n. 74, che, dopo aver accertato l'inerzia della p.a., richiama il divieto di cui all'art. 34, comma 2, c.p.a. per argomentare il rifiuto di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa a fronte dell'esistenza di ampi margini di discrezionalità in capo all'amministrazione. Negli stessi termini Cons. di Stato., sez. VI, 16 febbraio 2011, n. 996.

(10) Questa interpretazione potrebbe pertanto suonare come una recezione da parte del diritto positivo di quell'indirizzo dottrinale secondo cui il potere dell'amministrazione è sempre discrezionale, con la conseguenza che, dove non vi è discrezionalità, non vi è neppure potere. Con diverse sfumature, tra gli altri, A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, (1988), ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2007, 1249; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in ID. (a cura di), *Dizionario amministrativo*, Milano, 1983, 101 ss.; F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 260; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996, 63 ss., *passim*; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa e illegalità utile*, Torino, 2006, 150, 165; *contra*, F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1995 29 ss.; E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, 522; M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 258 s.; D. U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, 98; in tema R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 66 ss.

precettivo. Che il giudice non possa condannare l'amministrazione all'adozione di provvedimenti discrezionali è, infatti, quanto espressamente previsto dagli artt. 31, comma 3, e 34, comma 1, lett. c.; e non avrebbe dunque alcun senso trarre un precetto dello stesso tenore dal divieto di pronunciare su poteri non ancora esercitati. È da escludere, dunque, che quest'ultimo attenga alla limitazione dei poteri cognitori del giudice amministrativo a fronte di margini di discrezionalità in capo alla p.a.

4. *Il divieto di « pronunciare con riferimento a poteri amministrativi come ancora non esercitati » come divieto per il giudice di pronunciarsi sul rapporto controverso prima dell'amministrazione.*

Più convincenti argomenti si rinvencono in quelle pronunce che, escludendo dal novero dei « poteri non ancora esercitati » quelli connessi all'attività « di rinnovazione » successiva alla sentenza di annullamento, sembrano propendere per l'idea che il divieto operi in relazione *ai poteri il cui esercizio l'amministrazione non ha ancora avviato o ai poteri che essa non ha ancora compiutamente esercitato.*

Il significato del divieto cioè è di « inibire l'intervento giurisdizionale su un'attività amministrativa futura », per tale intendendo « solo l'azione amministrativa che al momento della proposizione della domanda non sia ancora giunta a conclusione del suo fisiologico *iter* procedimentale e non anche quella 'rinnovatoria' successiva alla pronuncia giurisdizionale » (11).

Per esempio, in forza dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a., il giudice amministrativo non può ordinare l'ammissione di un progetto a finanziamento prima che l'amministrazione si sia pronunciata sulla richiesta dell'interessato, così sostituendo le proprie valutazioni a quelle che l'amministrazione non ha ancora effettuato (12).

Il divieto non è invece infranto quando il giudice, all'interno del rito sul silenzio, condanna l'amministrazione all'adozione del provvedimento richiesto, dal momento che l'inerzia protrattasi oltre i termini stabiliti dalla legge per provvedere costituisce un'ipotesi di esercizio illegittimo del potere e non di potere « non ancora esercitato » (13).

Quest'indirizzo giurisprudenziale suggerisce che l'ambito di operatività del divieto inerisce non alla *natura* (o alla *qualità*) dei poteri amministrativi in campo, quanto piuttosto al profilo diacronico dell'esercizio di quei poteri: l'azione tesa ad ottenere la condanna dell'amministrazione a provvedere in modo favorevole all'istanza del privato, o — nei limiti in cui è ammessa nella giurisdizione di

(11) TAR Lombardia, Milano, sez. III, 13 ottobre 2011, n. 2429.

(12) TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 10 gennaio 2012, n. 19. Analogo principio si trae da TAR Lazio, Roma, sez. II, 5 dicembre 2011, n. 9563.

(13) Benché in questo caso, a stretto rigore, sia da riconoscere che il giudice con la propria sentenza definisce un rapporto sul quale l'amministrazione, non avendo portato a conclusione il procedimento, non si è ancora pronunciata.

Sul silenzio inadempimento come modalità di esercizio illegittimo del potere. In tal senso v. Ad. Plen. 15/2011.

legittimità — l'azione volta all'accertamento del diritto ad ottenere un provvedimento, incontrano il divieto di cui all'art. 34, comma 2, primo periodo, se intercettano l'attività amministrativa in una fase in cui essa non si è ancora conclusa o neppure è stata avviata (14).

Più che la pronuncia del giudice sui poteri non ancora esercitati, il divieto riguarda dunque la sostituzione del medesimo all'amministrazione nella definizione *in prima battuta* del rapporto controverso. La norma, cioè, stabilisce il principio secondo cui, dove vi è una competenza amministrativa, questa non può essere esautorata dall'autorità giudiziaria, il cui intervento è sempre e necessariamente successivo a quello dell'amministrazione. In altri termini, il giudice è chiamato a risolvere un « problema » di secondo grado che non si identifica con il « problema amministrativo » ma che si innesta su di esso (15).

5. *Divieto di « pronunciare con riferimento a poteri amministrativi come ancora non esercitati » e vizio di incompetenza.*

Interpretato nel modo che sembra preferibile, come divieto per il giudice di pronunciarsi sul rapporto prima dell'amministrazione, l'art. 34, comma 2, primo periodo, intercetta il problema del carattere assorbente o meno della censura di incompetenza.

Secondo un indirizzo giurisprudenziale, la nuova norma conferma la vigenza del principio desumibile dall'abrogato art. 26, comma 2, primo periodo, I. Tar., in base al quale il giudice, quando accerta la fondatezza del vizio di incompetenza, deve annullare il provvedimento impugnato e rimettere l'affare all'autorità competente, omettendo dunque l'esame delle ulteriori censure eventualmente contenute nel ricorso con le quali si denunciavano vizi sostanziali o ulteriori vizi formali. Tale schema sarebbe ancor oggi attuale perché ove l'autorità giudiziaria, accertata la violazione delle regole sulla competenza, si pronunciasse anche sugli ulteriori motivi di ricorso, l'effetto conformativo della sentenza di annullamento introdurrebbe un vincolo a carico dell'organo competente, in contrasto con l'art. 34 che lo vuole libero da ogni condizionamento giurisdizionale (16). Si aggiunge — inoltre —

(14) Scrive condivisibilmente B. SASSANI, *op. loc. ult. cit.*, « la norma sembra piuttosto rinviare alla necessità di coordinare l'esercizio della giurisdizione con lo svolgimento del procedimento, cioè di impedire che vengano portate in giudizio e decise situazioni ancora non decidibili, cioè non mature per la decisione. » Secondo P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 1103, la norma esprime il « divieto di azioni "interrogatorie" dirette ad esplorare orientamenti dell'amministrazione o a preconstituire pronunce favorevoli ».

(15) Per la distinzione, posta esattamente in questi termini, tra « problema dell'amministrazione » e « problema del giudice » v. F. LEDDA, *Efficacia del processo e ipoteca degli schemi*, in ID., *Scritti giuridici*, cit., 315 s.; ID., *La concezione dell'atto amministrativo e i suoi caratteri*, ivi, 255; ID., *L'attività amministrativa*, ivi, 279 s.; ID., *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, ivi, 373-376; ID., *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, ivi, 391-397; ID., *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, ivi, 575 s.

(16) CGA, sez. giurisd., 6 marzo 2012, n. 273; TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 8 gennaio 2011, n. 10.

Desumono il carattere assorbente del vizio di incompetenza dal divieto di pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati R. DE NICTOLIS, *L'ordine dei motivi e la sua*

che le affermazioni contenute nella motivazione derivanti dall'eventuale scrutinio da parte del giudice degli ulteriori motivi di ricorso (evenienza che si può realizzare in due casi: o per un errore dell'autorità giudicante, che non osserva la regola dell'assorbimento; oppure se il ricorrente gradua l'ordine di esame dei motivi, dando precedenza a quello-i sostanziale-i, e il giudice lo-li ritenga infondato-i (17)) devono essere considerate come *obiter dicta* non coperti dal giudicato (18).

Si può subito rilevare che questa tesi considera « potere non ancora esercitato » ai sensi dell'art. 34 quello in realtà esercitato (illegittimamente) dall'organo incompetente, equiparando questa evenienza a quella in cui l'azione giurisdizionale interviene prima che il potere sia stato attivato o prima che il relativo procedimento sia giunto a conclusione. Già sul piano fenomenologico, pare difficile non vedere come le due ipotesi siano affatto diverse, potendosi discorrere propriamente di « potere non ancora esercitato » solo nella seconda (19). Né il diritto positivo offre argomenti che consentano di ragionare come se il provvedimento adottato dall'organo in competente non fosse mai venuto in essere. Nel sistema delle invalidità delineato dalla legge 241/1990, esso, infatti, è considerato alla stregua semplicemente di un atto viziato, non rientrando nello schema della nullità e, a maggior ragione, della irrilevanza o inesistenza giuridica.

In secondo luogo, è fin troppo evidente il contrasto di questa posizione con l'opzione interpretativa che si è già detta preferibile, secondo cui vanno esclusi dal novero dei « poteri non ancora esercitati » di cui parla l'art. 34 quelli che afferiscono all'attività « rinnovatoria » successiva alla pronuncia di annullamento, tale essendo anche quella posta in essere dall'organo competente a seguito del riscontro nel provvedimento impugnato del vizio di incompetenza.

6. Ratio del divieto e separazione dei poteri.

Ma quel che soprattutto non convince è la *ratio* che la giurisprudenza criticata sembra riconoscere, anche solo implicitamente, al divieto di cui all'art. 34, comma 2, secondo periodo.

Il presupposto da cui essa muove, e che la conduce a considerare il carattere assorbente del vizio di incompetenza alla stregua di un corollario del divieto di

disponibilità, in *federalismi. it.*, 18, 2010, 27; P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 1099 s. *Contra*, per la tesi qui condivisa del carattere non assorbente del vizio di incompetenza, v. E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2011, 461 e, in giurisprudenza, TAR Firenze, Toscana, sez. II, 16 giugno 2011, n. 1076, dove si osserva correttamente che un principio analogo a quello impresso nell'art. 45 del r.d. 1058 del 1924 e nell'art. 26 della L. 1034 del 1971 non può essere tratto dall'art. 34, comma 2, c.p.a.

(17) In realtà la giurisprudenza del Consiglio di Stato non è unanime nel ritenere vincolante per il giudice amministrativo l'ordine di esame dei motivi indicato dal ricorrente. Su tale questione v. A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 803 ss.

(18) CGA, sez. giurisd., 6 marzo 2012, n. 273.

(19) TAR Toscana, Firenze, 16 giugno 2011, n. 1076; A. STORTO, *Sub Art. 34*, in F. CARINGELLA-M. PROTTO (a cura di) *Codice del nuovo processo amministrativo*, Dike, 2012, 429.

pronunciare sui poteri non ancora esercitati, è che tale divieto sia posto a protezione dell'amministrazione e della sua autonomia. Giusta questa lettura, infatti, è perfettamente congruente ritenere che la pronuncia di annullamento per incompetenza non deve in alcun modo vincolare l'attività dell'organo competente cui è rimesso l'affare.

Senonché, è proprio su questa correlazione tra divieto di pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati e tutela in giudizio della posizione dell'amministrazione che è dato nutrire più di una perplessità.

Nel contesto di un quadro normativo orientato ai valori del giusto processo (20), dove l'amministrazione entra in giudizio non come autorità ma come parte (21), il divieto per il giudice di pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati può trovare cittadinanza solo alla condizione che non sia concepito come l'ultimo baluardo dell'« ingiustizia amministrativa » (22), quanto rettamete inteso come limite intrinseco alla giurisdizione come funzione dell'ordinamento.

Torna in campo, così, il principio della separazione dei poteri, del quale il divieto in parola costituisce effettivamente un'espressione. Tutto sta, però, ad intendere il contenuto di questo principio e il suo concreto significato precettivo nei rapporti tra amministrazione e giurisdizione.

È fin troppo noto, al riguardo, che nella storia della giustizia amministrativa esso ha operato come limite alla cognizione dell'autorità giudiziaria sugli affari amministrativi (23). Tale funzione limitatrice, tuttavia, affonda le proprie radici in un'interpretazione, secondo cui la teoria della divisione imporrebbe la non interferenza dei poteri dello stato, di cui invano si cercherebbe il fondamento nelle

(20) Sul giusto processo amministrativo cfr. G. CORSO, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo amministrativo. Profili generali*, in AA. VV., *Il giusto processo*, Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 2003, 51 ss., 61, dove si afferma che « processo giusto è innanzitutto quello che serve alla tutela dei diritti e degli interessi (art. 24 Cost.): ossia un processo adeguato allo scopo per cui è destinato »; S. TARULLO, *Giusto processo* (dir. proc. amm.), in *Enc. Dir. Ann.*, II, 1, Milano, 2008, 377 ss. Dopo il codice del processo amministrativo v. soprattutto F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1 ss.; ID., *Sul giusto processo amministrativo*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2011, 1353 ss.

(21) F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, cit., 384 s.

(22) Secondo la nota espressione di F. MERUSI-G. SANVITI, *L'« ingiustizia » amministrativa in Italia*, Bologna, 1986.

(23) *Ex multis*, V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1969, 33 ss.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000, 17 ss.; G. TROPEA, *L'« ibrido fiore della conciliazione »: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 1014.

Non è un caso che, per giustificare l'intensità del sindacato del Consiglio di Stato sugli atti amministrativi, la più autorevole dottrina sostenne, almeno fino al 1907 (ed Orlando anche oltre), la tesi della natura amministrativa della IV sezione: V.E. ORLANDO, *La Giustizia Amministrativa*, in Id., (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, Milano, 1901, 742 ss., 765; S. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali*, ivi, 539 ss. Cfr. A. ROMANO, *La giustizia amministrativa nel pensiero del professor Santi ROMANO*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, 2004, 27; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 34 ss.

prospettazioni di Locke e Montesquieu (24) e che di certo non trova riscontro nella realtà degli stati costituzionali contemporanei (25).

Con riguardo al primo aspetto, in particolare, è stato osservato che sotto l'egida della separazione dei poteri convivono una *teoria* descrittivo-conoscitiva delle funzioni dello stato e una *dottrina* propriamente normativa (tale perché verte non su fatti ma su valori) che prescrive come devono essere collocati e distribuiti i poteri per evitarne l'esercizio arbitrario (26). Quest'ultima non impone affatto la « separazione in senso rigido » e trova realizzazione nella tecnica del bilanciamento dei poteri (e, talvolta, in quella della loro specializzazione), vale a dire in una organizzazione dei processi decisionali pubblici in forza della quale l'attività di ciascun potere dello Stato è soggetta a limiti e controlli da parte di organi afferenti ad altri poteri: il tutto a tutela della libertà dei cittadini (27). Il contenuto minimo

(24) G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 710, osserva che «né Locke, né Montesquieu hanno mai immaginato una separazione « rigida », come quella loro attribuita da molti critici».

(25) Da ciò una consistente parte della dottrina trae la crisi del principio di separazione dei poteri: cfr., per tutti, F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *N.ss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 489; una esauriente rassegna dei fattori di crisi della separazione dei poteri è in G. TROPEA, *L'« ibrido fiore della conciliazione »*, cit., 1016-1021.

Ma sul punto si conviene con l'opposta opinione di G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato*, cit., 670 s., 710 ss.: non si può parlare di crisi proprio perché la « separazione » in senso forte dei poteri dello Stato è un obiettivo che neppure la formulazione originaria della teoria si prefiggeva. In questo senso, la versione rigida della separazione dei poteri è stata « molto spesso usata come un bersaglio di comodo, creato al solo scopo di essere colpito, per riaffermare l'unità e l'indivisibilità dello Stato sovrano (borghese) ».

(26) Si deve a G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Vol I: Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 289 s. l'aver individuato due dottrine all'interno del pensiero montesquieiano sulla divisione dei poteri. La prima dottrina « si presenta come una classificazione dei poteri concettualmente individuabili in ogni possibile costituzionale » ed ha dunque lo *status* di una « teoria » (descrittiva). La seconda dottrina, invece, ha natura ideologica ed indole normativa: « verte non già su fatti (quali sono i poteri) bensì su valori (cioè come devono essere collocati e distribuiti i poteri) ».

Più di recente, ma nel solco di questo insegnamento, M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto 2004*, Torino, 2005, 2 ss., distingue tre tesi sulla separazione dei poteri: a) separazione-distinzione, ovvero pura constatazione del fatto che le organizzazioni politiche distribuiscono al loro interno il potere sovrano; b) separazione-bilanciamento (o separazione « non specializzata »), ovvero tecnica finalizzata a perseguire un tipo di distribuzione del potere sovrano, tale che nessun organo costituzionale sia mai in grado di prevalere definitivamente sugli altri; c) separazione in senso stretto (o « specializzata »), ovvero specifica tecnica di distribuzione del potere consistente nell'attribuzione a ciascun organo costituzionale d'una ed una sola funzione. « La prima tesi, che potrebbe chiamarsi distinzione dei poteri, è una *teoria* (conoscitiva) delle funzioni dello stato; la seconda e la terza (...) sono invece *dottrine* (normative) relative alla distribuzione di tali funzioni presso organi differenti ». Cfr. altresì A. VIGNUDELLI, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 2007, 204 ss, e R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, 2011, 345 ss., che distingue tra separazione dei poteri in senso stretto (derivante dalla combinazione del principio della specializzazione delle funzioni e del principio di reciproca indipendenza degli organi) e bilanciamento dei poteri (inteso come necessità di *checks and balances*)

(27) MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Torino, 1973, *passim*; J. LOCKE, *Trattato sul governo*, Roma, 1984, 157 ss.

della « pretesa normativa » insita nella separazione dei poteri è da ravvisare dunque nella necessaria compresenza, all'interno di uno stesso « ciclo funzionale », di organi di deliberazione e organi di controllo (28).

Ora, nonostante gli attacchi provenienti da più parti contro un principio ritenuto non vigente nell'attuale sistema costituzionale italiano (29), la separazione dei poteri come dottrina normativa rappresenta ancor oggi un « valore vivo nella coscienza dei giuristi » (30) perché, come è stato osservato, sono ancora attuali le « istanze di garanzia e di libertà che erano proprie della dottrina montesquieuiana » (31), alle quali è strettamente connessa l'« esigenza di distribuire le competenze tra più organi che si controllano a vicenda proprio in ragione del collegamento funzionale, onde evitare l'irrazionalità del dispotismo » (32).

Nella lettura che se n'è data, l'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. costituisce esplicitazione del principio della separazione dei poteri perché realizza esattamente una tale « pretesa normativa ». Vietare che sia il giudice amministrativo a pronunciarsi « a prima battuta » sul rapporto controverso, infatti, significa escludere la presenza del solo potere giurisdizionale all'interno di un « ciclo funzionale », ribadendo dunque il principio secondo cui deve esservi alterità tra l'organo che delibera e quello che controlla.

Il diritto di precedenza che il potere amministrativo ha nell'attuazione della legge nel caso concreto su quello giurisdizionale trova spiegazione, peraltro, nella stessa ragion d'essere del primo, da ravvisare nella cura degli interessi pubblici (33). Ammettere da parte dell'ordinamento la possibilità che il potere amministrativo, nella fisiologia dei rapporti, sia esercitato dall'organo giurisdizionale significherebbe incorrere in una evidente contraddizione con sé stesso, contraddire cioè la scelta di « pubblicizzare » l'interesse e attribuirlo alle cure di un'autorità amministrativa.

Il quadro cambia quando dal piano fisiologico si scivola sul piano patologico. Il divieto « di pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati » non osta

(28) G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato*, cit., 714 s.

(29) Cfr. F. MODUGNO, *Poteri*, cit., 489, secondo cui la Costituzione non contiene il principio organizzativo della divisione dei poteri. Lo sostituirebbe il « principio di competenza », la cui vigenza si desume dal « grado notevolmente specifico e rigoroso delle attribuzioni e delle competenze » e dal fatto che per la risoluzione delle eventuali controversie sia predisposto uno strumento apposito (art. 134 Cost.), tale per cui le attribuzioni di ciascun potere possono essere sindacate esclusivamente dalla Corte Costituzionale.

(30) Per usare l'espressione coniata da F. LEVI, *Legittimità (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, 126, con riferimento alla legittimità amministrativa.

(31) G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato*, cit., 710.

(32) G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, Milano, 1984, 231; G. GRASSO - R. MANFRELOTTI, *Poteri e funzioni dello Stato: una voce per un dizionario di storia costituzionale*, in *Historia Constitucional (revista electrónica)*, n. 8, 2007, 30.

Del resto, osserva G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato*, cit., 671 « ogni qual volta il tanto criticato principio di separazione è stato radicalmente tolto di mezzo, anche se con opposte intenzioni (stati autoritari di tipo fascista, stati del socialismo cosiddetto reale, ecc.) i risultati non sono stati molto incoraggianti ».

(33) Sul punto è tornato da ultimo A. ROMANO, *Conclusioni. Autoritarrietà, consenso e ordinamento generale*, in AA. VV., *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti. Annuario AIPDA 2011*, Milano, 2012.

all'adozione di pronunce che, dopo aver accertato l'illegittimità dell'attività amministrativa (anche in forma omissiva), ne conformano il futuro esercizio e neppure all'ammissibilità di sentenze che definiscono integralmente il rapporto controverso come fa la sentenza civile (34). Detto questo, esula dall'ambito di queste brevi note stabilire se, ed eventualmente in quali termini, rimanga in capo all'amministrazione il « diritto all'ultima parola » sulla vicenda controversa.

Si può invece concludere osservando che il divieto « di pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati », concepito come espressione del principio della separazione dei poteri, rivela un'intrinseca razionalità e trova radicamento in valori condivisi all'interno della civiltà giuridica contemporanea. Elementi entrambi che, offrendo una solida giustificazione della norma, rappresentano il miglior antidoto contro interpretazioni della stessa che, attribuendovi più o meno velatamente una finalità di protezione dell'amministrazione in giudizio, si porrebbero in contrasto con il quadro costituzionale e con il valore dell'effettività della tutela.

MICHELE TRIMARCHI

(34) Sembra attuale, dunque, l'insegnamento di E. CAPACCIOLI, *Le sanzioni pecuniarie e il loro procedimento di irrogazione*, in *Le sanzioni amministrative* (Atti XXVI Conv. Studi Scienza dell'Amministrazione. Varenna 1980), Milano, 1982, 117, sulla « competenza esclusiva » della pubblica amministrazione. Esclusività che riguarda la « gestione in via fisiologica dell'affare (senza lite), perché la competenza è tale (esclusiva) in sede di gestione (di amministrazione attiva), non dinanzi al giudice; al modo come la competenza esclusiva dei privati (autonomia privata) non impedisce al giudice (ordinario) di decidere nel merito, rispettando bensì la legge o in genere la norma che regola situazioni oggettive e i rapporti, ma sostituendosi alla parte (inadempiente) o alle parti (ce non hanno trovato una soluzione concordata) nel fissare la disciplina del rapporto ». Sulla nozione di competenza esclusiva nel pensiero di Capaccioli v. C. MARZUOLI, *Una nozione da ricordare: la « competenza esclusiva »*, in *Dir. amm.*, 2009, 909 ss.