

Luiss Guido Carli

Consiglio di Stato

Pluralismo istituzionale e giustizia amministrativa

Roma, 23 giugno 2005

Palazzo Spada

a cura di Enrico Leonardo Camilli e Laura Zanettini

Pres. aggiunto Consiglio di Stato M. E. SCHINAIA - Introduzione

Il pensiero di Giorgio Berti, che trova espressione anche nel suo ultimo libro, “*Corso breve di giustizia amministrativa*”, pubblicato lo scorso anno, si fonda sull’idea basilare per cui l’amministrazione viene prima dello Stato, in quanto essa rappresenta la società che si organizza; a sua volta nella giustizia amministrativa rivive tutta l’attività amministrativa in sé considerata e quindi anche il rapporto fra organizzazione e cittadino. E’ questo uno sviluppo del pensiero di Benvenuti, ripreso poi nel “*Disegno dell’amministrazione italiana*”.

La precedenza dell’amministrazione come forma naturale di organizzazione della società è ancor più visibile nella nascita e sviluppo del *global administrative law*, che si sta sviluppando all’interno delle organizzazioni internazionali e nei loro reciproci rapporti, al di fuori dell’esistenza di un soggetto unitario come lo Stato. Illuminante, sotto questo profilo, la *lectio magistralis* che l’illustre amministrativista americano Stewart ha tenuto alcuni giorni fa alla Sapienza, in occasione del conferimento della laurea *honoris causa*.

Anche nel diritto amministrativo internazionale, dice Stewart, il rapporto fra organizzazione e cittadino si sviluppa lungo tre direttrici fondamentali: il principio di legalità, il *due process of law* e la considerazione di tutti i principali gruppi di interessi coinvolti nella decisione. Al fine di attuare tali principi è stato elaborato un ampio strumentario (partecipazione trasparenza, etc...), anche all’interno delle organizzazioni internazionali.

Proprio nel contesto brevemente descritto si può individuare una delle caratteristiche più peculiari dell’organizzazione amministrativa, ovvero la sua funzionalizzazione a quella esigenza di giustizia rappresentata dalla condivisione nell’esercizio del potere.

In tale ottica l’interesse legittimo funge da garanzia di una obbligazione. Ci sono infatti doveri che dipendono dalla convivenza sociale, come ad esempio le limitazioni al diritto di proprietà che sono funzionali all’esistenza del diritto di proprietà stesso; ma diritti e doveri, diritti e limiti ai diritti stessi sono inscindibilmente e funzionalmente collegati gli uni agli altri.

In sostanza l’interesse legittimo può essere inquadrato all’interno di un rapporto in cui l’amministrazione è tenuta all’adempimento. Emerge una posizione di difesa del soggetto, poiché questi chiede che attraverso il procedimento amministrativo si attui la trasmutazione del potere in giustizia, come ordinariamente invece avviene all’interno del processo giurisdizionale (così il processualcivilista Satta). L’agire amministrativo quindi diventa un “*procedimento di giustizia*”. D’altronde non si può non negare la natura giustiziale di tutti i procedimenti amministrativi, non solo di quelli delle cd. *authorities*.

Coerente con questa impostazione generale è anche l'idea, tipica dei sistemi di *common law*, per cui la discrezionalità è una caratteristica che contraddistingue l'attività del giudice e consiste nell'applicazione della regola al caso concreto (vedi Barak, giudice costituzionale israeliano).

Prof. F. G. SCOCA – PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETA' E GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

L'individuazione di un legame fra giustizia amministrativa e principio di sussidiarietà è sicuramente difficile. In via di prima approssimazione si può dire che il principio di sussidiarietà è un criterio di distribuzione degli organi giurisdizionali come delle funzioni amministrative.

Un primo profilo d'esame potrebbe essere quello del sindacato giurisdizionale per violazione del principio di sussidiarietà; in tal caso sarebbe possibile configurare una giurisdizione che applica il principio di sussidiarietà. Tuttavia l'applicazione del principio di sussidiarietà è il più delle volte demandato alla legge.

Un altro ipotetico profilo di indagine potrebbe essere quello del principio di sussidiarietà come criterio per la determinazione della giurisdizione, ma in realtà quest'ultima non dovrebbe essere organizzata in base a tale principio.

Lo stesso termine "*sussidiarietà*" nella sua dimensione verticale non ha nulla a che vedere con il significato proprio della materia ed è inoltre ambiguo, perché porta ad assegnare funzioni e competenze ora all'alto ora al basso, non essendo definito nel principio la direzione del processo di attribuzione delle funzioni.

Basti pensare alla sentenza n. 303 del 2003, con la quale la Corte costituzionale, facendo leva proprio sull'art. 118, comma 1, Cost., che sancisce il principio di sussidiarietà, ha consentito allo Stato, e dunque al livello di governo nazionale più alto, di esercitare non solo le funzioni amministrative ma anche le competenze legislative di cui era titolare un livello più basso. In tale ipotesi il principio di sussidiarietà, che dovrebbe essere caratterizzato da un movimento discendente delle funzioni amministrative, ha invece un andamento ascensionale, comportando l'attribuzione della funzione legislativa ad un livello di governo superiore.

D'altro canto una simile linea interpretativa non va integralmente criticata. Un esempio *a contrario* è individuabile nella legge n. 15 del 2005 che ha riformato la legge 241 sul procedimento amministrativo. All'art. 29 si stabilisce infatti che tutto ciò che attiene alla validità e all'efficacia dei provvedimenti e allo sviluppo dei procedimenti non vale per le Regioni e gli Enti Locali. Il che fa sorgere una domanda: è possibile con legge regionale o regolamento locale introdurre nuove ipotesi di nullità? In tal caso, dal momento che l'esercizio dell'azione amministrativa non è stato inserito tra le materie riservate allo Stato, bene farebbe la Corte costituzionale a valorizzare la sussidiarietà come principio per mantenere alcuni caratteri unitari del procedimento amministrativo.

Una riflessione forse più profonda sulla relazione fra principio sussidiarietà ed azione amministrativa, quindi anche con riferimento alla sua giustiziabilità, può prendere le mosse dall'ultimo comma dell'art. 118, che enuncia la dimensione orizzontale del principio.

E' questo un tema nuovo anche come impianto metodologico della ricerca, che può essere condotta sia analizzando i rapporti tra amministrazione e società che quelli tra amministrazione come funzione e amministrazione come organizzazione.

Nel suo saggio su "*Il nuovo cittadino: tra libertà garantita e libertà attiva*", Benvenuti introduce l'idea della libertà attiva, in base alla quale sarebbe possibile separare l'endiadi fra amministrazione e interesse pubblico da una parte e società civile e interessi privati dall'altra.

I privati infatti possono esercitare funzioni amministrative e la Corte costituzionale riconosce l'esistenza di pubblici interessi che non coinvolgono il giudice amministrativo perché non coinvolgono l'amministrazione intesa come potere. E' quindi lecito chiedersi se è possibile individuare aree parzialmente sovrapponibili, in cui il perseguimento dell'interesse pubblico non sempre è connesso all'azione della p.a., aree tra cui sarebbe possibile stabilire delle relazioni governate dal principio di sussidiarietà.

Per semplificazione e come punto di partenza si potrebbero distinguere tre aree:

- l'area degli interessi pubblici,
- l'area della funzione,
- l'area dell'amministrazione.

La prima area è quella più ampia, all'interno della quale si perseguono gli interessi ritenuti pubblici, ossia ritenuti pubblici dalla mentalità comune dalla coscienza civica; detti interessi sono curati sia dall'amministrazione che da organizzazioni private (ad esempio volontariato). La cura di interessi pubblici da parte dei privati avviene per il tramite dell'esercizio dei diritti di libertà, quella libertà attiva alla quale faceva cenno Benvenuti nel richiamato saggio.

Nella seconda area l'interesse pubblico assume rilevanza come il fine immediato dell'attività di cura dell'interesse pubblico; l'attività, oltre che finalizzata/funzionalizzata al raggiungimento dell'interesse pubblico, è anche caratterizzata dalla doverosità, ma può ancora essere svolta anche da soggetti privati, come accade nel caso dei cd. *munera*, delle S.o.a. o delle certificazioni rilasciate nell'ambito del *project financing*. L'interesse pubblico qui non è più perseguito attraverso l'esercizio dei diritti di libertà, come nell'area degli interessi pubblici, ma si caratterizza per la doverosità della sua cura.

Nella terza area, quella dell'amministrazione dedicata, organizzazione e funzione coincidono ed assumono entrambe carattere pubblicistico. In tal caso l'interesse pubblico è perseguito, per forza di cose, da un soggetto istituzionalizzato pubblico, per cui si è in presenza di una "funzione istituzionalizzata".

Ricostruito in tali termini l'insieme delle relazioni fra soggetti privati e soggetto pubblico nell'ottica del perseguimento dell'interesse pubblico, si può ritenere che i privati siano confinati all'interno della prima area, quella degli interessi pubblici ed eventualmente della seconda, relativa alla funzione?

La risposta dovrebbe essere negativa, in quanto la presenza del soggetto privato è rilevante in tutti e tre gli ambiti: esistono fenomeni di autoamministrazione e ai margini della amministrazioni pubbliche ci sono sempre più spesso appendici privatistiche variamente legate alla p.a. attraverso accreditamenti, appalti e contratti di servizi, concessioni. Nell'area intermedia i *munera* sono affidati a soggetti privati.

Inoltre la presenza dei privati nell'area della funzione istituzionalizzata avviene anche attraverso la partecipazione al procedimento, e in particolare agli accordi, attraverso i quali il cittadino svolge un ruolo essenziale all'interno della funzione pubblica istituzionalizzata. Si allude non solo alla partecipazione individuale di natura soprattutto difensiva, bensì a quella sociale di natura informativa.

Archetipo dell'autoamministrazione è la denuncia di inizio di attività: si tratta di qualificazione impropria, eccessiva, perché il privato non pone in essere un atto amministrativo, anche se la sua condotta non è di mero adempimento di un onere poiché comporta la valutazione degli interessi pubblici (valutabili con il criterio della liceità-illiceità piuttosto che in base a quello della legittimità-illegittimità). Proprio perché si tratterebbe di un'attività di autoamministrazione da parte del privato, in presenza di d.i.a. non sarebbero configurabili poteri di autotutela della pubblica amministrazione: mancherebbe un provvedimento della p.a. possibile oggetto di

autotutela. Occorrerebbe piuttosto riconoscere all'amministrazione poteri sanzionatori per adeguare lo stato di fatto allo stato di diritto.

Ci sono poi molte altre ipotesi di comunicazione preventiva diretta a sollecitare una attività di vigilanza da parte dei soggetti privati. In questa sede è sufficiente menzionare la comunicazione delle operazioni di concentrazione, che impone al privato una valutazione dell'interesse pubblico e della sua eventuale violazione.

All'interno della terza area di perseguimento dell'interesse pubblico si potrebbero distinguere ulteriormente due sottocategorie, caratterizzate dall'utilizzo da parte dell'amministrazione-organizzazione della disciplina privatistica o, al contrario, pubblicistica nell'esercizio delle proprie funzioni. Il diritto privato è infatti entrato nel cuore dell'organizzazione amministrativa (si pensi alla privatizzazione del pubblico impiego ad esempio).

A questo punto viene da chiedersi se l'area della giurisdizione del giudice amministrativo può essere estesa a tutte le aree di cura dell'interesse pubblico. La risposta non può che essere negativa, in quanto non può sussistere giurisdizione amministrativa in presenza dell'esercizio di diritti di libertà e soggettivi. Tuttavia in seguito alla sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004 si può individuare l'area di cognizione del giudice amministrativo all'interno delle tre modalità di perseguimento dell'interesse pubblico in maniera ancora più precisa.

La Corte Costituzionale ha infatti precisato che il generico coinvolgimento della pubblica amministrazione non è sufficiente a incardinare la giurisdizione amministrativa, né il giudice amministrativo può assumere le sembianze del "giudice della p.a.". Ne consegue che l'area della giustizia amministrativa è solo quella istituzionalizzata, anzi, più precisamente, quel settore dell'area istituzionalizzata dove vi è esercizio di poteri autoritativi, ovvero il perseguimento dell'interesse pubblico attraverso i moduli di azione pubblicistici.

Potrebbe quindi sorgere un problema di costituzionalità per l'assenza di un controllo da parte del giudice amministrativo sulle controversie in materia di pubblico impiego, perché il criterio di ripartizione della giurisdizione è sempre quello della situazione giuridica soggettiva. Esemplicando, o si ha il diritto ad essere promossi o si afferma che la pubblica amministrazione che non ha promosso ha sbagliato per irragionevolezza, che è a dire, ha violato un interesse legittimo e non un diritto soggettivo. Altrimenti, se si nega la tutela derivante dall'interesse legittimo (ovvero quella di sindacato anche esterno della discrezionalità amministrativa) senza affermare la presenza di un diritto ad essere promossi, si verifica un evidente vuoto di tute.

Spesso il giudice ordinario cerca di colmare tale lacuna ampliando a dismisura la clausola della buona fede, in maniera tale da coprire, e regolare, l'ambito una volta riservato all'esercizio della discrezionalità amministrativa.

Pensiamo ancora all'ipotesi di una Soa che nega una certificazione sulla base di argomentazioni che costituiscono esercizio di discrezionalità tecnica: non si può pensare all'esercizio della giurisdizione amministrativa anche in presenza di funzioni pubbliche istituzionalmente affidate a privati? Si tratta pur sempre di attività funzionalizzata al perseguimento di interessi pubblici.

E ancora andrebbe individuata in maniera diversa la ripartizione della giurisdizione amministrativa a seconda che ci si trovi davanti a società a partecipazione pubblica che però operano nel mercato secondo i normali schemi privatistici oppure davanti a società che svolgono una funzione istituzionalmente pubblica, attraverso modelli di azione pubblicistica.

Nel primo caso infatti non sarebbe ammissibile l'individuazione di una giurisdizione esclusiva in capo al giudice amministrativo, secondo i criteri della Consulta.

Infine andrebbe verificata un'ulteriore possibilità, ovvero l'ipotesi che la giurisdizione amministrativa si occupi della seconda modalità di perseguimento dell'interesse pubblico, ovvero l'area della funzione pubblica. Forse, proprio in base al principio di sussidiarietà, in

quanto l'esercizio della funzione amministrativa, anche da parte di privati, comporta la presenza di interessi legittimi su cui il giudice potrebbe pronunciarsi.

Cons. A. PAJNO – Principio di sussidiarietà e tutela giurisdizionale

Di sussidiarietà come criterio di riparto della funzioni amministrative si inizia a parlare sin da quando il criterio viene inserito nel trattato di Maastricht. Alla questione è dedicato un articolo pubblicato da Cassese nel 1995, in cui si fa duplice efficacia del criterio: da un lato evitare l'eccessiva espansione della amministrazione, dall'altro consentire il rispetto delle amministrazioni periferiche e la stessa giustiziabilità del principio di sussidiarietà, come una delle molteplici applicazioni del principio di proporzionalità.

La giurisdizione amministrativa non rappresenta soltanto una delle modalità di esercizio della funzione, ma anche una forma di organizzazione del sistema giurisdizionale, basti pensare all'importanza degli studi sull'ordinamento giudiziario: il piccolo manuale di Mortara, le *Istituzioni* di Chiovenda, *L'ordinamento della giustizia amministrativa tra Parlamento e Costituzione* di Barbera.

Analizzare la giurisdizione come un sistema che si organizza, quindi, consente di avvicinare la giurisdizione alla organizzazione amministrativa, che è retta sul principio di sussidiarietà.

La provocazione si può portare avanti rileggendo le vicende del nostro ordinamento alla luce della progressiva emersione del principio di sussidiarietà, sia prima che dopo la riforma costituzionale che ha introdotto la sussidiarietà come criterio fondamentale di organizzazione delle funzioni.

Qualche traccia del principio di sussidiarietà è rinvenibile già prima della riforma, nello stesso testo costituzionale, che sin versione originaria individua quella pluralità di soggetti tra i quali allocare l'esercizio delle funzioni che costituisce il presupposto per l'applicazione del principio.

La prima parte della Costituzione offre elementi in tal senso proprio perché è nel segno del pluralismo, anche con riferimento alle forme di tutela giurisdizionale: dualismo delle posizioni giuridiche soggettive e pluralismo di tutela ex art. 24 Cost. La funzione giurisdizionale è dunque allocata su base pluralistica, come confermano altre norme sulla giurisdizione: l'art. 103 si riferisce al Consiglio di Stato e ad altri organi, dunque ad una pluralità di soggetti; l'art. 111, limitando il ricorso in Cassazione contro le decisioni del giudice amministrativo, delimita anche il grado di autonomia del giudice amministrativo dalle altre giurisdizioni; l'art. 135 sulla modalità di composizione della Corte costituzionale; infine l'art. 125 in base al quale in ciascuna Regione sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado, anche se il parametro regionale non riguarda in alcun modo la natura dell'organo, che rimane statale, ma solo la dimensione regionale della competenza.

Proprio nell'ultima disposizione si può individuare la natura pluralista dell'articolazione giudiziaria all'interno della giurisdizione amministrativa, anche se va sottolineata una leggera asimmetria delle competenze con riferimento al TAR Lazio, come giudice dell'amministrazione centrale rispetto a quella periferica. Il TAR Lazio infatti è il tribunale degli atti amministrativi generali che secondo il criterio di sussidiarietà sarebbero allocati a livello centrale.

Peraltra la sussidiarietà diventa strumento di allocazione delle funzioni amministrative prima di essere prevista nella Costituzione come criterio di organizzazione.

Pluralismo e rapporto tra centro e periferia sono infatti due aspetti della sussidiarietà che già caratterizzavano la giustizia amministrativa prima della riforma del titolo V. Si allude, precisamente, al d. lgs. 112/98 e all'art. 4 della l. 59/97, con i quali è stato realizzato il cd.

“federalismo amministrativo a Costituzione invariata”: attraverso una differente allocazione delle funzioni muta il riparto della competenza fra gli organi giurisdizionali periferici e il TAR del Lazio.

D'altra parte il d.lgs amplia le competenze della Conferenza Stato-Regioni ed istituisce la conferenza unificata, organi basilari per definire il trasferimento di funzioni alla Regione e agli Enti locali, attraverso la costruzione di un sistema condiviso di allocazione delle funzioni. Tutto questo ha almeno due effetti sulla tutela giurisdizionale: il trasferimento di funzioni e compiti alla Regione comporta un aumento delle decisioni amministrative approvate dalle stesse e un incremento delle decisioni attribuite ai TAR periferici, mentre si conferma la funzione del TAR Lazio come giudice centrale soprattutto degli atti condivisi, tribunale degli organi della crescita del federalismo amministrativo. Cambia l'allocazione interna della funzione amministrativa tra centro e periferia e la quantità di giurisdizione attribuita ai tribunali amministrativo (si veda la Sezione di Bolzano del TAR del Trentino, che presenta una particolarità degna di menzione in quanto la struttura dell'organo giurisdizionale, statale, segue la particolare struttura interna della Regione a statuto speciale, articolata in province autonome)

Con la legge costituzionale 3 del 2001 la sussidiarietà diventa criterio di allocazione non solo delle funzioni amministrative ma anche delle competenze legislative (vedi la sentenza 303 del 2003 e le materie non materie che consentono il trasferimento della competenza legislativa dalle Regioni allo Stato). In quanto criterio delle funzioni amministrative, indirettamente il principio assurge anche a criterio di ripartizione della giurisdizione. Infatti l'art. 118, nel definire il principio di sussidiarietà come principio generale dell'organizzazione di tutte le funzioni, coinvolge indirettamente anche l'organizzazione dell'ordinamento giudiziario, sulla base di un parallelismo fra funzioni amministrative e giurisdizionali.

Da ultimo si apre un interrogativo sull'espansione del principio di sussidiarietà come principio dell'organizzazione della giustizia, in quanto andrebbe verificato se non sia rinvenibile un limite alla tendenza verso la concentrazione delle competenze in capo al TAR del Lazio

Tavola Rotonda

Prof. G. Pastori

Uno spunto interessante per verificare l'impatto del principio di sussidiarietà potrebbe essere rappresentato da un'analisi del contenuto più profondo del principio: se infatti si intende il criterio come la necessità di allocare le funzioni in base alla maggior prossimità rispetto al cittadino, ci si potrebbe chiedere se questa considerazione non possa avere una portata tale da far superare il dualismo giurisdizionale che adesso caratterizza il sistema giurisdizionale italiano.

Pres. P. Salvatore

Il principio di sussidiarietà potrebbe rappresentare una cartina di tornasole dell'emersione del principio della pluralità degli interessi e quindi delle differenti tutele accordate dagli ordinamenti.

Tuttavia ci si chiede anche se il classico parametro di giudizio del giudice amministrativo, legato alla legittimità dell'azione rispetto ad una norma, possa ancora reggere rispetto alla tendenza verso la privatizzazione e l'amministrazione di risultato. Proprio quest'ultima modalità di azione infatti rende più difficile il sindacato giurisdizionale perché il parametro non è più solo la norma, ma appunto il risultato conseguito dalla p.a.

Cons. S. Luce

Il principio di sussidiarietà si sta attuando proprio con riferimento al c.d. pluralismo giustiziale, che coinvolge anche l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

Nella sentenza 482 del 1995 la Corte costituzionale ha esaminato, tra l'altro, le funzioni esercitate dall'Autorità di settore, qualificandole come di "vigilanza e controllo".

Negli anni successivi alla sua istituzione l'Autorità ha poi compiuto un'opera certosina di chiarimento delle proprie attribuzioni, nonché di espansione delle stesse, nell'ottica di deflazionare il contenzioso tra imprese partecipanti alle gare e amministrazioni banditrici a livello nazionale. L'Autorità di vigilanza non è una autorità di regolazione, non dispone dunque di un potere normativo, ma opera più come un arbitro; essa ha tuttavia creato alcune regole di gioco, attraverso una normazione interpretativa, approvando ad esempio le cd. determinazioni e i bandi tipici. Anche perché negli appalti il vero problema, vista la complessità della normativa, è quello di ricostruire la volontà legislativa, capire quale siano le regole di gioco

Tale "autoattribuzione" di competenze all'interno dello spazio regolatorio ha trovato l'avallo della Comunità europea, che ha stimolato il ricorso al principio di sussidiarietà nel settore dei lavori pubblici: il livello comunitario, ovvero la Commissione, dovrebbe intervenire solo se non è sufficiente quello nazionale. In applicazione di tale logica, volta ad alleggerire il carico della Corte di Giustizia, l'Autorità di vigilanza ha consentito all'Italia di "smaltire" decine di segnalazioni per violazione del diritto comunitario.

Prof. G. Corso

In realtà il principio di sussidiarietà non si presta ad essere applicato alla amministrazione della giustizia, in quanto quest'ultima si basa sul principio del "giudice naturale precostituito per legge" (art. 25, comma 1 Cost.), laddove la sussidiarietà impone un riparto mobile delle competenze, che tenga conto, di volta in volta, del livello territoriale interessato.

Inoltre, a differenza dell'applicazione che ne è stata fatta in sede comunitaria, la Corte costituzionale ha fatto ricorso al principio di sussidiarietà per giustificare una centralizzazione delle competenze piuttosto che la devoluzione delle stesse verso il basso.

L'ambiguità del principio è palese sin dalla sua introduzione formale nel diritto comunitario per mezzo del Trattato di Maastricht.

Il Prof. Tizzano ha infatti ricordato che l'approvazione dell'art. 3 (ora 5) sul principio di sussidiarietà fu sostenuta sia da chi era contrario al rafforzamento delle competenze comunitarie - Regno Unito - e lo concepiva come un correttivo al principio dei poteri impliciti, ponendo l'accento sulla clausola "soltanto se e nella misura in cui..."; sia da coloro che erano favorevoli ad una Comunità europea più presente - Germania e Olanda - e vedevano nella norma la base giuridica per intervenire in settori prima sottratti all'azione comunitaria.

La circostanza che il principio non possa trovare una applicazione in sede giurisdizionale non va comunque vista come una mancanza, al contrario: maggiore è il grado di pluralismo presente in un settore e dunque la molteplicità degli organi di governo, maggiore è l'importanza della funzione unificatoria svolta dalla giurisdizione, che deve prevenire la nascita di tanti "diritti amministrativi", ovvero si tanti diritti quante sono le amministrazioni pubbliche (in questo senso, però, vedi Sorace).

Pajno ha parlato di pluralismo all'interno dell'ordinamento della giustizia, che oggi costituisce una condizione essenziale di effettività della tutela, poiché consente di avvicinare il cittadino alla giustizia. Tale pluralismo è però fondato su un'unica istanza unitaria.

Scoca si è invece soffermato sulla cd. sussidiarietà orizzontale. A tale proposito sembra opportuno ricordare che l'interesse pubblico non costituisce un monopolio della pubblica amministrazione. Per rendersene conto basta leggere la Costituzione, ricca di riferimenti alla

possibilità di una gestione e cura, sia pubblica che privata, di interessi rilevanti per l'intera collettività (vedi art. 32 sulla salute, artt. 33 e 34 sulla istruzione, art. 38 sulla assistenza e previdenza). Così il fenomeno del volontariato non costituisce espressione del principio di sussidiarietà, ma, più propriamente, esercizio di libertà.

Quanto al concetto di "autoamministrazione", esso riflette la tendenza ad analizzare la realtà dal punto di vista dell'amministrazione e dell'interesse pubblico inteso come prerogativa dell'amministrazione. In realtà più che una sostituzione del privato all'amministrazione, nei casi indicati come di "autoamministrazione" si rinviene una modifica dell'intervento amministrativo, che da preventivo diventa successivo. In quest'ottica non si porrebbe più il problema dell'autotutela.

Infine un'ultima notazione sull'ampiezza della dimensione orizzontale del principio di sussidiarietà: la logica dovrebbe essere quella della priorità della società civile rispetto allo Stato, con la conseguente presunzione di competenza in capo ai privati prima che alla amministrazione. Se si adottasse questa prospettiva, tanti fenomeni oggi definiti come misti andrebbero rivisti come fattispecie completamente privatistiche.

Prof. M. Clarich

Uno spunto interessante per l'esame del rapporto tra principio di sussidiarietà e giustizia è offerto da Berti. Nel suo "*Corso breve sulla giustizia amministrativa*" egli osserva che il principio di sussidiarietà, e il pluralismo dei poteri che ne è alla base, rappresenta una rivoluzione rispetto ai principi monistici liberali che informarono l'inizio dell'esperienza dello Stato italiano e che il passaggio da una organizzazione amministrativa di tipo gerarchico centralistico, ad una di tipo autonomistico o di autogoverno, ha sicuramente comportato una deconcentrazione delle funzioni statali.

Di tale deconcentrazione offre un buon esempio l'esperienza dei TAR, attraverso i quali si è realizzato il decentramento della giustizia amministrativa. Non va però dimenticato che i TAR sono e rimangono organi statali, quindi la "decentralizzazione" che tramite gli stessi si realizza è il riflesso del trasferimento di competenze ad organi substatali, e non regionali o locali.

Detto trasferimento, basato sul principio della prossimità della funzione, ha costituito, come scrive Berti, "*la via...per l'estensione delle garanzie*", avvicinando il cittadino alla giustizia amministrativa e comportando un sensibile incremento dei ricorsi giurisdizionali.

Nonostante la presenza di Tribunali amministrativi radicati nel territorio di ciascuna regione, l'assetto della giustizia amministrativa italiana differisce profondamente rispetto a quello tedesco, improntato ad un pieno federalismo.

In estrema sintesi, l'esperienza tedesca presenta tre caratteristiche essenziali.

Innanzitutto il giudice, anche amministrativo, viene prima dell'amministrazione - e della istituzione di uno Stato unitario - e ne è indipendente. In secondo luogo il sistema giurisdizionale è strutturato su base federale e dunque le competenze dei giudici sono definite in modo diverso in ciascun *Länder* (in alcuni attraverso il metodo enumerativo, in altri ricorrendo a clausole generali). Infine nella ripartizione fra organi di I e di II grado all'interno dei *Länder* e giudice amministrativo federale non si segue il principio del parallelismo con le funzioni amministrative. Infatti per alcune competenze ultraregionali, come quelle relative alle reti di telecomunicazioni ed energia, si mantiene la competenza dei giudici dei singoli *Länder*.

Il diverso assetto del nostro giudice amministrativo all'interno dell'organizzazione statale impone invece una prudenza molto maggiore nel vagliare eventuali ipotesi di federalismo applicato alla tutela giurisdizionale; la regionalizzazione della giustizia infatti può essere solo l'ultimo tassello di una totale revisione costituzionale in senso federalista.

Cons. A. Anastasi

Sulla dimensione orizzontale del principio di sussidiarietà va sicuramente sottolineato come esso comporti l'autonomia dell'attività del privato, che concorre su un piano di parità con l'amministrazione ai fini del perseguimento dell'interesse generale. Proprio per questo la legge sul procedimento permette l'emersione degli interessi dei privati e quindi della società tutta.

Tuttavia la sentenza 204, nel sottolineare la rilevanza dell'esercizio del potere autoritativo come criterio di ripartizione della giurisdizione potrebbe aver rotto quella possibile unitarietà della giurisdizione con riferimento all'interesse del privato.