

STUDI E SAGGI

- 86 -

Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei

a cura di
DOMENICO SORACE

con scritti di
D. Sorace, A. Corpaci, M. Carrà, R. Briani,
W. Gasparri, D. De Grazia, S. Torricelli

FIRENZE UNIVERSITY PRESS

2009

Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei / a cura di Domenico Sorace. – Firenze : Firenze University Press, 2009. (Studi e saggi ; 86)

<http://digital.casalini.it/9788884535863>

ISBN 978-88-8453-582-5 (print)
ISBN 978-88-8453-586-3 (online)

Il volume è il risultato della ricerca Prin 2006 “Le modalità atipiche di tutela dei privati contro le pubbliche amministrazioni tra interessi settoriali e vincoli costituzionali e sopranazionali” diretta dal prof. Domenico Sorace (Univ. Firenze – Facoltà di Giurisprudenza) e afferente al programma di ricerca Miur-Prin 2006 “Forme e strumenti di tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato” coordinato dal prof. Giandomenico Falcon (Univ. Trento – Facoltà di Giurisprudenza).

Progetto grafico di Alberto Pizarro Fernández
Immagine di copertina: © Lammeyer | Dreamstime.com

© 2009 Firenze University Press

Università degli Studi di Firenze
Firenze University Press
Borgo Albizi, 28, 50122 Firenze, Italy
<http://www.fupress.com/>

Printed in Italy

INDICE

I GIUDICI DI BERLINO, LE TUTELE DIFFERENZIATE E L'EQUO PROCESSO <i>Domenico Sorace</i>	VII
I RITI SPECIALI NELLA PROSPETTIVA DELLA RIFORMA DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO ITALIANO <i>Alfredo Corpaci</i>	1
ATIPICITÀ DEL DIRITTO DI AZIONE ED EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO TEDESCO <i>Matilde Carrà</i>	25
EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA TRA RITO ORDINARIO E RITI DIFFERENZIATI NELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA SPAGNOLA <i>Raffaella Briani</i>	93
LA STRUTTURA DEL <i>CONTENTIEUX ADMINISTRATIF</i> , LE TUTELE DIFFERENZIATE E I RITI SPECIALI NELL'ORDINAMENTO FRANCESE <i>Wladimiro Gasparri</i>	123
IL SISTEMA DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA DEL REGNO UNITO: VERSO L'INTEGRAZIONE DELLE TUTELE <i>Davide De Grazia</i>	221
DISCIPLINA NORMATIVA E POTERI DEL GIUDICE NELL'ORGANIZZAZIONE DEL PROCESSO DI FRONTE AGLI ORGANI DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA <i>Simone Torricelli</i>	253
NOTIZIE SUGLI AUTORI	283
INDICE SOMMARIO	285

I GIUDICI DI BERLINO, LE TUTELE DIFFERENZIATE E L'EQUO PROCESSO

Domenico Sorace

Chiunque, faccia a Potsdam il mugnaio o un altro mestiere, può oggi trovare a Berlino un giudice al quale chiedere giustizia non soltanto contro dei proprietari terrieri prepotenti ma anche nei confronti di chi si ammantava di un'autorità analoga a quella un tempo esercitata in nome del re di Prussia¹. Ma non è detto che ciò sarebbe sufficiente a convincere un epigono di Alessandro Manzoni a mutare l'opinione che «solo un uomo sopraffatto dal dolore» possa pensare che davvero «a questo mondo c'è giustizia»². I dubbi di un letterato, sospettoso verso un mondo di legulei Azzecca-garbugli³, non potrebbero essere infatti fugati dalla scoperta che in realtà oggi più di un giudice si occupa a Berlino delle illegalità commesse dagli eredi dell'amministrazione prussiana nei confronti dei discendenti dei mugnai e che non sempre si tratta dello stesso giudice al quale si rivolge un mugnaio in lite con un altro mugnaio. Né certo una rassicurazione potrebbe venire dalla constatazione che il mugnaio, evolutosi in imprenditore transnazionale e comunque non più suddito ma cittadino, di più ordinamenti, troverebbe situazioni analoghe ma diverse (in qualche caso anche scoprendo che il giudice delle liti con il sovrano è anche consigliere di quest'ultimo) nelle altre capitali europee, con la sola eccezione – ma fino a che punto tale? – di quella britannica.

D'altro canto, se, noncurante dei sospetti suscitati nell'ingenuo letterato dalla particolarità del giudice, il nostro cittadino decidesse di continuare a cercare di ottenere la giustizia di questo mondo nei confronti del potere pubblico e non si mettesse nelle mani di un Azzecca-garbugli ma (malgrado che, sulla carta, ciò non sia sempre indispensabile) si facesse assistere da un avvocato (naturalmente degno di questo nome, e quindi capace di svolgere la sua funzione almeno a livello europeo) si vedrebbe spiegare da quest'ultimo altre cose inquietanti. I criteri per individuare il

¹ La storia del mugnaio di Potsdam è narrata da Emilio Broglio, *Il Regno di Federico di Prussia, detto il Grande*, stampata in Roma nel 1880, nel brano riprodotto da Romano Ricciotti, *La vera storia del mugnaio di Saint Souci e la responsabilità civile dei magistrati*, aprile 2005, in <<http://www.identitaeeuropea.org/>>.

² Si veda *I promessi sposi*, 1845, Parigi, p. 36 (riprodotta in Google libri).

³ Ivi, p. 26 ss.

giudice (o la divisione dell'unico giudice) competente non sono i medesimi nei diversi ordinamenti statali europei; né i rimedi che si possono ottenere sono gli stessi. Per di più, neppure è unico il procedimento da seguire di fronte a ciascun giudice (con i relativi atti delle parti e del giudice ed i loro rispettivi tempi). Specifiche particolarità segnano anche il processo di fronte ai giudici dell'ordinamento dell'Unione europea.

Dunque, i tipi e i modi delle tutele dei cittadini nei confronti delle amministrazioni degli Stati europei sono differenti. Non solo gli organi incaricati di far giustizia nei confronti del potere pubblico a Berlino, Parigi, Madrid, Roma, Londra, nonché a Bruxelles, sono modellati in modo diverso (anche se fra alcuni dei modelli vi sono notevoli analogie), ma neppure sempre gli stessi sono i rimedi erogati, e quindi le azioni proponibili, né sempre unico è il processo, il rito, di fronte a ciascuno di essi. Ma sono, questi, motivi che possono fondare giustificatamente inquietudini e sospetti?

In proposito, sul piano giuridico si potrebbe far notare innanzitutto che non è la pluralità dei modi organizzativi e procedurali mediante i quali si realizza la tutela giurisdizionale nei confronti delle pubbliche amministrazioni che deve preoccupare. Ciò che conta è piuttosto che ciascuna di queste modalità rispetti quei canoni organizzativo-procedimentali che, pur non riferendosi al merito del fare giustizia, ne costituiscono una componente essenziale, canoni definiti a livello costituzionale da testi scritti (quali la Convenzione europea dei diritti dell'uomo o talune Costituzioni nazionali) o da principi elaborati dalla giurisprudenza nell'ambito dei diversi ordinamenti rilevanti (quali, per esempio, quelli della giurisprudenza comunitaria o del *judge made law* britannico) e che possono ritenersi molto sinteticamente riassunti nella formula dell'«equo processo» usata dal titolo dell'art. 6 CEDU ovvero in quella del «giusto processo» che si rinviene nel primo comma dell'art. 111 Cost. it. Alla formula in questione non corrisponde certo un solo modello possibile di processo, trattandosi di un insieme complesso di garanzie (essenzialmente: terzietà ed imparzialità del giudice; diritto alla difesa e al contraddittorio nella parità delle parti; ragionevole durata del processo) che possono essere realizzate ciascuna in forma ed anche in misura diversa, se pure necessariamente al di sopra di una soglia minima.

D'altro canto, però, non sembra che basti rispettare la soglia in questione per rendere ammissibile l'arbitrio nella definizione dei modelli, con una conseguente loro illimitata proliferazione. È infatti ormai acquisita la consapevolezza che complemento ordinario di ogni altro diritto, è quello che può essere definito il diritto alla semplicità, che non equivale alla pretesa di essere liberi da regole ma a cui corrisponde l'obbligo – riconducibile al principio di proporzionalità – non soltanto di porle solo quando siano effettivamente necessarie ma anche di conformarle in misura e con modalità tali che l'obiettivo per il quale sono poste sia raggiungibile senza imporre costrizioni inutili ed attività sterilmente defatiganti. Così, può ritenersi che il diritto alla semplicità quale complemento del diritto di difesa, che si realizza mediante lo svolgimento di una difficile attività tecnica, esiga

non soltanto che non se ne pretenda l'esecuzione in tempi troppo ridotti ma anche che essa non sia onerata da complicazioni superflue, tra le quali sono da comprendere la moltiplicazione di regole differenti non necessarie (che hanno anche il difetto di cooperare alla trasformazione della professione di avvocato in quella di azzecca-garbugli). In altre parole, il rispetto del principio dell'equo/giusto processo sembra anche richiederne l'attuazione mediante la costruzione di un modello tendenzialmente stabile ed unico, se pure con le articolazioni ragionevolmente necessarie per soddisfare le ordinarie diverse esigenze di tutela e consentire i diversi rimedi giurisdizionali corrispondenti.

Peraltro, sembra possibile parlare soltanto appunto di unicità tendenziale, perché non può certo ignorarsi l'esistenza o la possibile sopravvenienza di esigenze che richiedano ragionevolmente rotture dell'uniformità: differenziazioni sono dunque giustificate se e in quanto il modello generale lasci insoddisfatte esigenze particolari di giustizia. Resta da capire se questa è la effettiva spiegazione delle diversità che si possono rinvenire in atto.

Per quanto riguarda specificamente l'attuazione del diritto alla tutela giurisdizionale nei confronti di una pubblica amministrazione, alcune particolarità non si spiegano tanto con peculiarità delle esigenze di giustizia nei confronti del potere pubblico ma piuttosto con ben note ragioni storico-ideologiche, in relazione alle quali non si può non osservare che, se alle origini anche una tutela imperfetta poteva essere apprezzata come evoluzione positiva a fronte di una totale assenza di tutela, in un mutato contesto storico-ideologico, la mancata piena e completa attuazione dell'equo/giusto processo non potrebbe avere giustificazione. Al di là poi di inattuali ideologie, non sembra che il particolare rilievo che è logico sia riconosciuto da un ordinamento al c.d. interesse pubblico, possa giustificare posizioni di privilegio processuale delle pubbliche amministrazioni incompatibili con la parità delle parti, senza la quale non si ha un equo/giusto processo.

Resta, infine, da vedere se l'uniformità del modello processuale, per quanto articolato esso sia, non possa finire per impedire una certa elasticità che, senza contraddire i principi dell'equo/giusto processo, può essere utile per rispondere ad esigenze connesse ai diversi specifici modi in cui una lite può presentarsi nei casi concreti. Sotto questo profilo, una questione su cui riflettere è l'ampiezza dell'ambito che deve essere coperto dalla disciplina legislativa del processo (si veda l'art. 111, c. 1, Cost. it.) e fino a che punto non possano corrispettivamente essere attribuiti al giudice poteri discrezionali, eventualmente da esercitare con il consenso delle parti.

I saggi raccolti in questo volume, che lumeggiano, con tagli diversi, aspetti della tutela giurisdizionale nei confronti delle amministrazioni pubbliche in Italia, Germania, Spagna, Francia, Regno Unito ed Unione Europea possono offrire elementi utili alla riflessione sul fenomeno della differenziazione delle tutele nei confronti delle amministrazioni pubbliche in Europa.

I RITI SPECIALI NELLA PROSPETTIVA DELLA RIFORMA DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO ITALIANO

Alfredo Corpaci

1. *Le ricorrenti istanze di riforma della giustizia amministrativa, e l'insuccesso dei progetti di revisione legislativa della disciplina processuale. Il disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati nell'ottobre del 1989*

La necessità di una rivisitazione del sistema di giustizia amministrativa italiano, e, comunque, di una riforma della disciplina del processo davanti al giudice amministrativo è da lungo tempo conclamata. Basti dire che tale sistema si innerva su due leggi (quella del 1865, n. 2248, all. E, e quella del 1889 istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato) che, a parte la risalenza nel tempo, sin da subito hanno posto problemi di sovrapposizione e di coordinamento. Suscitando ben presto richieste di interventi correttivi, come testimonia la istituzione, nel 1910, della Commissione reale per la riforma degli istituti per la giustizia amministrativa¹. Ancora, la disciplina del processo amministrativo si compone di spezzoni sparsi tra testi normativi di varia data, alcuni assai datati: il regolamento per la procedura del 1907, il T.U. sul Consiglio di Stato del 1924, la legge sui TAR del 1971, la legge n. 205 del 2000.

Successivamente all'entrata in vigore della Costituzione, e nonostante questa introducesse principi e regole che richiedevano adeguamento, è stato solo a seguito di pronunce della Corte costituzionale² che si arrivò alla approvazione di quella legge, istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali, ritenuta «la più impegnativa riforma della giurisdizione amministrativa [...] dal 1889 ad oggi»³. Una legge, tuttavia, che non dava risposte alle esigenze di revisione della disciplina e del modello processuale, e, piuttosto, perseguiva lo scopo di consegnare ai nuovi giudici di primo grado «lo stesso processo che risultava allora vigente

¹ Si veda la relazione Codacci-Pisanelli, che ne riassume i lavori, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1916, I, p. 312.

² 22 marzo 1967, n. 30, e 20 aprile 1968, n. 33, con cui fu dichiarata l'illegittimità costituzionale delle normative sulle Giunte provinciali amministrative in sede giurisdizionale.

³ M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, p. 95.

presso il Consiglio di Stato»⁴. Seppure sia stato ritenuto ‘saggio’ non cumulare, in quel testo legislativo, la riforma consistente nella istituzione del nuovo giudice con quella sul versante del processo, si è parimenti notato che ciò non giustificava la pedissequa riproduzione del modello tradizionale di processo⁵.

Le conseguenze negative di tale modo di procedere si sono risentite negli anni seguenti, con l’operare dei nuovi organi di primo grado, che, per di più, ha comportato un notevole aumento del contenzioso⁶. Segno di una diffusa richiesta di giustizia che esigeva risposte non solo sul piano organizzativo, ma anche su quello della disciplina processuale. A proposito della quale Mario Nigro, nel 1976, osservava come fosse «talora contraddittoria [...] spesso invecchiata [...] sempre o quasi sconnessa e lacunosa»⁷.

E tuttavia, di nuovo, il legislatore non diede seguito alle sollecitazioni provenienti da più parti, nonostante non siano mancati progetti e proposte anche assai articolati⁸. Tra questi, qualche cenno, in via esemplificativa, al testo del disegno di legge delega approvato dalla Camera dei deputati il 12 ottobre 1989⁹ (ma poi decaduto per fine legislatura) potrà servirci in chiave comparativa con la delega di recente varata con la legge 18 giugno 2009, n. 69¹⁰.

Al di là delle osservazioni critiche formulate e formulabili nei confronti del testo del 1989, esso, comunque, si connotava per una definizione (relativamente) compiuta degli oggetti della delega, per la indicazione delle finalità generali di questa, nonché dei conseguenti principi e criteri direttivi.

Quanto al primo profilo, è da ricordare che, accanto al riordinamento del processo dinanzi al giudice amministrativo, si demandava al legislatore delegato la revisione della disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, e degli altri ricorsi amministrativi. Testimoniando attenzione ad un aspetto – quello della deflazione del contenzioso

⁴ F.G. Scoca, *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei TAR*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, a cura di U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace, tomo I, Maggioli, 1987, p. 202.

⁵ F.G. Scoca, *Modello tradizionale*, cit., p. 203n.

⁶ Nel 1998 presso i TAR i nuovi procedimenti assommavano a 88.368, a fronte di 52.665 esauriti, e a ben 856.298 pendenti. La situazione è un po’ migliorata nel 2005, con 60.341 procedimenti sopravvenuti, 108.998 esauriti, e 767.523 pendenti (i dati sono di fonte ISTAT).

⁷ M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 282.

⁸ Su cui si veda M. Clarich, *La giustizia*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo generale*, Tomo I, Milano, 2003, p. 2099-2103.

⁹ Il testo del d.d.l. in questione è pubblicato, in appendice a un ampio commento (*La riforma della giustizia amministrativa*), in *Foro it.*, 1990, V, p. 279 ss.

¹⁰ Cfr. l’art. 44.

giurisdizionale mediante strumenti alternativi di risoluzione delle controversie – su cui da tempo la dottrina (ma non solo)¹¹ sollecita attenzione, anche in considerazione della inadeguatezza degli attuali mezzi di tutela in via amministrativa.

Venendo allo specifico del processo amministrativo, il catalogo degli oggetti della delega era ampio e articolato, contemplando, tra l'altro, la disciplina autonoma del giudizio di accertamento, la disciplina sistematica degli atti di parte e dei provvedimenti del giudice, la tutela interinale, il sistema probatorio, le pronunce, la disciplina del processo in materia di pubblico impiego, il giudizio di ottemperanza, le impugnazioni, l'appello, l'introduzione di procedimenti speciali.

Per ciascuno dei suddetti oggetti non mancava, al di là delle esplicitazioni di alcune finalità di generale valenza (quale l'attuazione «integrale, coordinata e coerente» dei principi costituzionali sulla tutela nei confronti delle pubbliche amministrazioni, con espresso richiamo alle previsioni dell'art. 24 anche con riguardo alle formazioni sociali, in vista del riconoscimento della legittimazione ad agire in giudizio, e richiedendosi la conformazione del processo ad una regola di «sostanziale eguaglianza tra la parte privata e la pubblica amministrazione»), una ampia specificazione di principi e criteri direttivi.

Così per la disciplina autonoma del processo di accertamento (anche se la ammissibilità relativamente agli interessi legittimi non era esplicitata, ma solo ricavabile dalla relazione al disegno di legge), puntualizzandosi, tra l'altro, che la relativa declaratoria dovesse essere idonea a soddisfare l'interesse fatto valere dal ricorrente, con l'affermazione, ove occorrente, degli obblighi della pubblica amministrazione¹².

Sugli atti di parte si prospettava l'eliminazione delle cause di preclusione e decadenza che non avessero fondamento in ragioni sostanziali di tutela degli interessi pubblici o privati, nonché l'introduzione dell'onere per la pubblica amministrazione di costituirsi tempestivamente in giudizio, e la disciplina delle conseguenze dell'inadempimento¹³.

Ancora, era ampio il catalogo delle indicazioni in materia di istruttoria¹⁴, a partire dall'impegno ad assicurare un «efficace sistema [...] nel pieno rispetto del principio del contraddittorio, dell'onere della prova e del potere di accertamento autonomo da parte del giudice sui fatti oggetto della controversia», ammettendo l'esperibilità, in quanto compatibili, dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, disciplinando l'assunzione della prova da parte di un «magistrato istruttore», non-

¹¹ Cfr. Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per la funzione pubblica, *La riforma della pubblica amministrazione (Atti delle Commissioni e dei Comitati di studio)*, Vol. V (La giustizia nell'amministrazione), Roma, 1994.

¹² Si veda l'art. 1, comma 3, lett. e), del disegno di legge in esame.

¹³ Si veda l'art. 1, comma 3, lett. g), del disegno di legge in esame.

¹⁴ Si veda l'art. 1, comma 3, lett. l), del disegno di legge in esame.

ché la possibilità per il giudice di decidere allo stato degli atti in caso di inadempimento dei provvedimenti istruttori da parte della pubblica amministrazione.

Circa le pronunce del giudice¹⁵, a parte quanto già detto per quelle di accertamento, era espressamente considerata la sentenza di condanna. Con riguardo alle costitutive veniva prevista, tra l'altro, l'attribuzione al giudice, già in sede di cognizione, di poteri sostitutivi in materia di atti vincolati, l'obbligo di pronuncia su tutti i capi della domanda in quanto necessario per l'integrale soddisfazione dell'interesse fatto valere dal ricorrente, il potere del giudice di fissare un termine per il compimento delle ulteriori attività necessarie, e la facoltà di nominare, fin da tale momento, un commissario per l'eventualità di inadempimento.

La delega richiedeva, inoltre, l'adeguamento della disciplina in materia di pubblico impiego in modo da garantire tendenziale eguaglianza di tutela rispetto al lavoro privato¹⁶, e la revisione della normativa in materia di ottemperanza, con possibilità per il giudice di ordinare l'adozione delle misure soddisfattive e risarcitorie occorrenti per il ripristino della situazione di fatto e di diritto esistente al momento della domanda¹⁷. E prevedeva anche l'introduzione, relativamente a talune fattispecie, di procedimenti speciali per la tutela con cognizione sommaria e anticipata¹⁸.

Non è che il testo appena riassunto fosse immune da difetti, e non presentasse profili di genericità, ed anche omissioni. I rilievi critici e le proposte di correzione avanzati dalla dottrina¹⁹ avevano comunque a fronte un articolato ampio, che toccava sistematicamente i principali istituti e passaggi del processo davanti al giudice amministrativo. E, pur nella discutibilità di talune scelte, prefigurava soluzioni a molti problemi e criticità. Problemi e criticità di non poco momento, a partire da quelli relativi alle azioni esperibili (e alle corrispondenti tipologie di sentenze assumibili dal giudice), per passare al contraddittorio e alla parità delle parti, ai limiti dell'istruttoria, alle disfunzioni nello svolgimento del processo, alle lacune e incertezze della tutela cautelare, all'esigenza di forme di tutela sommaria, ai problemi concernenti l'esecuzione dei provvedimenti del giudice e al giudizio di ottemperanza. Ognuno dei quali presenta una complessità e varietà di profili ed aspetti, e si presta ad una molteplicità di opzioni regolative da richiedere, ove si intenda utilizzare lo strumento della delega legislativa nei termini in cui lo consente la nostra Costituzione, quantomeno una trama della tela su cui sviluppare determinate linee guida. Il che, viceversa e come vedremo, risulta largamente mancante nella delega conferita dalla recente legge n. 69 del 2009.

¹⁵ Si veda l'art. 1, comma 3, lett. n), del disegno di legge in esame.

¹⁶ Si veda l'art. 1, comma 3, lett. o), del disegno di legge in esame.

¹⁷ Si veda l'art. 1, comma 3, lett. q), del disegno di legge in esame.

¹⁸ Si veda l'art. 1, comma 3, lett. v), del disegno di legge in esame.

¹⁹ Si veda *La riforma della giustizia*, cit.

2. *Il funzionamento del processo amministrativo tra l'opera integrativa e creativa della giurisprudenza e gli episodici e settoriali interventi del legislatore. La introduzione e moltiplicazione di discipline processuali differenziate*

In assenza di una significativa riforma ad opera del legislatore, che tarderà fino al 2000 e si tradurrà in innovazioni anche importanti ma, comunque, prive di completezza ed organicità²⁰, le molteplici criticità della tutela davanti al giudice amministrativo non troveranno altra risposta che nell'opera adeguatrice e, talora, anche creatrice della giurisprudenza; a parte qualche episodico intervento legislativo.

Quanto all'apporto della giurisprudenza, seppure questa (come da tradizione, del resto) si sia adoperata per far fronte ai numerosi problemi posti da una disciplina processuale arcaica e lacunosa, essa, tuttavia, ha sofferto tutti i limiti connessi al tipo di strumento in parola, ed ai condizionamenti derivanti dalla cultura del soggetto che l'ha gestito.

Si pensi, ad esempio, alla questione della tutela cautelare, rispetto alla quale la giurisprudenza, per un verso, è venuta sempre più dilatando le possibilità date dalla misura sospensiva del provvedimento impugnato (forse andando anche oltre il limite del consentito da una operazione puramente interpretativa); ma, per l'altro, non ha mostrato analogo coraggio nel dar seguito alla pronuncia della Corte costituzionale²¹ dichiarativa della illegittimità costituzionale della norma che, nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, limitava la tutela cautelare alla sospensione del provvedimento, e non ha ritenuto di estenderne l'ambito di operatività oltre tale ristretto ambito.

Così come scarso seguito ha avuto nella giurisprudenza del giudice amministrativo altra sentenza della Corte costituzionale, con cui venne dichiarata l'illegittimità dell'art. 44, 1° comma, del T.U. sul Consiglio di Stato, nella parte in cui non ammetteva nelle controversie in materia di pubblico impiego tutti i mezzi istruttori previsti dal codice di procedura civile per il processo del lavoro²².

Si pensi, ancora, al problema derivante dalla mancata contemplazione nelle leggi sul processo amministrativo dell'opposizione di terzo, con riguardo al quale il giudice amministrativo ha cercato qualche succedaneo (consentendo, in sostanza, l'intervento volontario autonomo del

²⁰ Sulla legge n. 205 del 2000 si veda, tra gli altri, *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2006, p. 28 ss.; *Il nuovo processo amministrativo. Dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205*, a cura di F. Caringella, M. Protto, Milano, 2001, p. XXIII ss.; *Verso il nuovo processo amministrativo. Commento alla legge 21 luglio 2000, n. 205*, a cura di V. Cerulli Irelli, Torino, 2000; *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, a cura di B. Sassani e R. Villata, Torino, 2001.

²¹ Corte costituzionale, 28 giugno 1985, n. 190.

²² Corte costituzionale, 10 aprile 1987, n. 146.

controinteressato per cui non sia richiesta notifica del ricorso, la legittimazione ad appellare dell'interventore *ad opponendum* nel giudizio di primo grado titolare di posizione autonoma, nonché del terzo titolare di posizione autonoma pregiudicato dalla sentenza di primo grado), senza ammettere, per coprire la lacuna, l'applicazione della normativa di cui al processo civile²³.

Ciò evidenzia i problemi legati a questa (pur meritoria) amplissima opera di supplenza svolta dal giudice. A tacer d'altro²⁴, ne è derivato un deficit rispetto alla piena garanzia della certezza del diritto, richiedendo questa una «specificità, precisione e chiarezza» che una semplice giurisprudenza non può soddisfare²⁵.

Venendo al versante legislativo, fino alla approvazione della legge n. 205 del 2000 si sono succeduti provvedimenti episodici e settoriali, via via legati a questa o quella vicenda ed esigenza, orientati nelle direzioni più varie. Si badi bene, tali interventi non sono tutti liquidabili come di ridotto impatto; e, tuttavia, anche quando hanno riguardato aspetti e profili importanti, lo hanno fatto in termini particolaristici e parziali, comunque inadeguati rispetto alla complessità della materia.

²³ Sicché si è reso necessario un intervento additivo della Corte costituzionale (sentenza 17 maggio 1995, n. 177, in *Foro it.*, 1996, I, p. 3318). Il giudice amministrativo è sempre stato fermo nel ritenere che, ove si renda necessario colmare eventuali lacune, stante le peculiarità delle controversie di spettanza della giurisdizione amministrativa, «strettamente connesse agli interessi pubblici che le amministrazioni devono istituzionalmente perseguire», le disposizioni del codice di procedura civile sono applicabili in via analogica al processo amministrativo solo previo severo giudizio di compatibilità. E ciò anche nel caso che il giudizio riguardi diritti soggettivi. Particolarmente interessante, a questo proposito, la soluzione data dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (ord. 1, 30 marzo 2000, in *Foro amm.*, 2000, p. 768 ss.) alla questione relativa al deficit di strumenti di tutela dei crediti pecuniari nella giurisdizione esclusiva. Rispetto alla alternativa consistente nella applicazione del procedimento monitorio come previsto dal codice di procedura civile, o nella rimessione della questione di legittimità costituzionale, l'Adunanza Plenaria ammette una interpretazione della norma sulla sospensione del provvedimento impugnato tale da comprendervi anche l'ingiunzione al pagamento di somme di denaro. Al contempo fissa le regole per la concessione della tutela anticipatoria del credito, precisando gli apprezzamenti e le valutazioni da farsi in ordine al *fumus* e al danno grave e irreparabile; e indica le modalità di esecuzione della misura cautelare.

²⁴ Sui «gravissimi problemi» suscitati dall'estensione e profondità dell'apporto giurisprudenziale cfr. M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 284 ss., che si sofferma, in particolare, su quello della lettura («si tratta di interpretare l'opera di interpretazione della giurisprudenza»), e su quello del modo in cui opera la giurisprudenza.

²⁵ Non per nulla l'art. 111, comma 1, della Costituzione richiede che il giusto processo sia regolato dalla legge. Le parole usate nel testo esprimono la costante posizione sul punto della Corte di giustizia europea: cfr. la sentenza 8 ottobre 1996 in cause riunite C - 178 - 179 / 94, e C - 188 - 190 / 94, nonché la sentenza 19 settembre 1996 in causa C - 236 / 95.

Per fare anche qui qualche esempio, si pensi all'introduzione con la legge comunitaria del 1991²⁶ di una fattispecie di risarcibilità degli interessi legittimi in caso di violazione del diritto comunitario, con possibilità, nella materia degli appalti pubblici, di ottenere, dopo l'annullamento dell'atto di aggiudicazione da parte del giudice amministrativo, il risarcimento del danno dal giudice ordinario. Peraltro, lasciando insoluta la più generale questione relativa alla ammissibilità della tutela risarcitoria per danni derivanti dall'esercizio di poteri pubblici.

E, ancora, all'inserimento nel decreto legislativo concernente l'organizzazione e i rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni delle tre norme²⁷ con cui veniva estesa la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle controversie in materia di servizi pubblici, urbanistica ed edilizia; altresì prevedendo, per il suddetto contenzioso, il potere del giudice amministrativo di disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, nonché della consulenza tecnica, di disporre il risarcimento del danno anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, delineando a tal fine un modulo processuale a due fasi intervallato da un tentativo di soluzione in via amichevole. La suddetta normativa, espressione di una linea di fortissima espansione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per «blocchi di materie», finiva per rendere recessivo il criterio di riparto fondato sulla natura della situazione soggettiva, sottovalutando, peraltro, le problematiche, anche di ordine costituzionale, della questione. Tant'è che dopo ripetuti interventi della Corte Costituzionale²⁸, quella spinta si è fermata, e si è aperto uno altro scenario dai contorni ancora incerti²⁹.

²⁶ Art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142.

²⁷ Artt. 33, 34, 35 del d.lg. 31 marzo 1998, n. 80, recante «nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa», emanate in attuazione dell'art. 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59».

²⁸ Cfr. le sentenze: 17 luglio 2000, n. 292, in *Foro it.*, 2000, I, 2393; 6 luglio 2004, n. 204, *ivi*, 2004, I, 2594; 11 maggio 2006, n. 191, *ivi*, 1625.

²⁹ Senso e implicazioni delle sentenze della Corte costituzionale appena richiamate, relativamente chiari in parte, per così dire, *destruens* (esclusione della conformità a Costituzione di una indiscriminata espansione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo improntata al criterio dei blocchi di materia), non lo sono altrettanto in parte, per così dire, *costruens*. La Corte censura il conferimento al giudice amministrativo di giurisdizione esclusiva fondato «esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie», affermando che il parametro adottato in Costituzione come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria e amministrativa è quello della natura delle situazioni giuridiche soggettive, e, in conseguenza, che le materie per cui l'art. 103 cost. consente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo devono partecipare della medesima natura (in tal senso essere «particolari») di quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità; di tal che «in assenza di tale previsione contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione – autorità, la giurisdizione generale di legittimità». In definitiva, la giurisdizione esclusiva, secondo la Corte, sarebbe costituzionalmente

In altri casi le innovazioni legislative, sempre occasionali e disorganiche, hanno una portata più ridotta, investendo, con riguardo a questa o quella materia o sub-materia, particolari profili, quali la giurisdizione, la competenza territoriale, singoli aspetti della struttura processuale, l'ambito della cognizione e i poteri di decisione del giudice.

In questo coacervo di normative si segnala: la introduzione di un procedimento camerale accelerato in materia di accesso³⁰, applicato successivamente, con qualche variante, anche ai ricorsi concernenti il diniego e la cancellazione dai registri delle organizzazioni di volontariato³¹; la previsione, nell'ambito della normativa sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, di termini ridotti per i ricorsi avverso le ordinanze conformative di astensioni collettive, con disciplina differenziata

legittima in quanto applicata alle (sole) controversie concernenti atti o fatti riconducibili all'esercizio del potere pubblico. Viene in tal modo messa in discussione la rappresentazione della giurisdizione esclusiva fin oggi pacificamente ammessa, dal momento che essa non dovrebbe poter essere applicata a controversie concernenti diritti soggettivi che non si rapportino in alcun modo ad esercizio di potere pubblico (ad es., i diritti patrimoniali, e non, di cui sono titolari i dipendenti delle pubbliche amministrazioni in regime pubblicistico). Per altro verso, l'affermazione secondo cui il *proprium* della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo sta nella circostanza che l'oggetto sia riconducibile ad «esercizio del pubblico potere dell'amministrazione» (ovvero «che la pubblica amministrazione agisce come autorità») lascia insoluta la questione relativa a quale ambito degli atti e fatti riferibili alle pubbliche amministrazioni sia ascrivibile ad esercizio di «potere pubblico», o, come altrove si dice, ad «autorità». Stando alle affermazioni e argomentazioni della Corte, non potendo la giurisdizione esclusiva e la giurisdizione generale di legittimità coincidere (la prima comprendendo per regola costituzionale anche la tutela di diritti soggettivi), se ne dovrebbe dedurre che quest'ultima non copre l'intero ambito delle controversie concernenti, o collegate ad, esercizio del potere pubblico, dandosi in tale ambito casi in cui la situazione giuridica soggettiva avrebbe consistenza di diritto soggettivo, e la tutela sarebbe di spettanza del giudice ordinario. Per tali casi (e solo per essi) il legislatore, in forza dell'art. 103 cost., sarebbe legittimato a prevedere (eventualmente) giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Al riguardo si può essere indotti a pensare alle controversie concernenti atti vincolati, da un lato, ed ai diritti costituzionalmente garantiti (c.d. diritti perfetti, o non degradabili), dall'altro. In entrambi, come noto, la configurazione della posizione soggettiva, e la spettanza all'uno o all'altro giudice, è attualmente discussa in dottrina e in giurisprudenza. Il tema richiede, evidentemente, ben altro approfondimento. Basti qui averlo richiamato per i problemi che pone.

³⁰ Cfr. l'art. 25 della legge n. 241 del 1990. Per il ricorso è previsto il termine di trenta giorni; è stabilito altresì che il giudice decida in camera di consiglio entro trenta giorni dalla scadenza di tale termine, uditi i difensori delle parti che ne facciano richiesta. La decisione del Tribunale è appellabile, entro trenta giorni dalla notifica, al Consiglio di Stato, il quale decide con le medesime modalità e negli stessi termini. Le parti possono stare in giudizio personalmente, senza l'assistenza del difensore; l'amministrazione può essere rappresentata e difesa da un dirigente autorizzato.

³¹ Cfr. l'art. 6 della legge n. 266 del 1991. In tal caso la giurisdizione non è qualificata come esclusiva, e non è prevista la possibilità di fare a meno dell'assistenza del difensore.

della fase cautelare³²; meccanismi acceleratori del giudizio relativamente a talune controversie, giocati sulla abbreviazione di termini, fissazione a breve della udienza di discussione in caso di concessione di misura cautelare, sollecita pubblicazione del dispositivo della sentenza; meccanismi di abbreviazione del giudizio, consentendo al giudice, in presenza di certi presupposti, in occasione della deliberazione sulla domanda cautelare, di definire immediatamente il merito con sentenza motivata in forma abbreviata³³.

Rispetto al panorama sopra rappresentato la legge n. 205 del 2000 non si può dire costituisca una inversione di tendenza in direzione della sistematicità ed organicità. Essa, del resto, prende le mosse da un disegno di legge³⁴ avente il limitato obiettivo di introdurre misure di accelerazione e razionalizzazione del processo amministrativo, con utilizzazione della tecnica della novella alla legge del 1971 sui TAR. Sebbene già nell'iniziale progetto le innovazioni non si limitassero al profilo suindicato, riguardando, anche e tra l'altro, in termini relativamente generali la tutela cautelare, e, in termini più limitati, l'istruttoria, e seppure lungo il corso dell'*iter* parlamentare il testo abbia fruito di ulteriori arricchimenti, rimane il fatto che la legge n. 205 presenta molte lacune e pecche formali, in buona sostanza non andando oltre una serie di aggiustamenti innestati a macchia di leopardo sul modello preesistente. In questo quadro si colloca l'introduzione di discipline differenziate con riferimento a determinati ambiti di contenzioso.

A quest'ultimo proposito, al procedimento camerale accelerato in materia di accesso, cui si è prima accennato, viene affiancato un altro procedimento semplificato ed accelerato per la tutela nei confronti del silenzio³⁵ (che, successivamente, a seguito della novella apportata nel 2005

³² Il ricorso può essere proposto dai soggetti che promuovono lo sciopero, le amministrazioni, le imprese e i singoli prestatori di lavoro destinatari del provvedimento, nel termine di sette giorni dalla comunicazione o, rispettivamente, dal giorno successivo a quello della affissione nei luoghi di lavoro. Fermo rimanendo che la proposizione del ricorso non sospende l'immediata esecutività del provvedimento, se ricorrono fondati motivi il TAR, acquisite le deduzioni delle parti, nella prima udienza utile sospende il provvedimento impugnato anche limitatamente alla parte in cui ecceda l'esigenza di salvaguardia dei diritti delle persone, costituzionalmente tutelati, alla vita, salute, libertà e sicurezza, libertà di circolazione, assistenza e previdenza sociale, istruzione e libertà di circolazione (art. 10 della legge 12 giugno 1990, n. 146). In materia cfr. C.E. Gallo, *La tutela giurisdizionale in caso di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *La differenziazione dei riti processuali tra certezza ed effettività della tutela*, a cura di F. Astone, P. Falzea, A. Morelli, F. Saitta, L. Ventura, Rubbettino, 2009, p. 235 ss.

³³ Cfr. l'art. 19 del d. l. 25 marzo 1997, n. 67, convertito in legge 23 maggio 1997, n. 135.

³⁴ Senato della Repubblica, XIII legislatura, d.d.l. n. 2934, presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Ministro per la funzione pubblica, comunicato alla Presidenza il 10 dicembre 1997, «Disposizioni in materia di giustizia amministrativa».

³⁵ Su cui, da ultimo, F.G. Scoca, *Rilievi critici sul trattamento processuale del silenzio*, in *La differenziazione dei riti processuali*, cit., p. 249 ss.; M. Corradino, G. Dato, *Il rito contro il silenzio della pubblica amministrazione*, in *I riti speciali nel*

alla legge n. 241 del 1990, si è arricchito del potere del giudice di «conoscere della fondatezza dell'istanza»). Vengono inoltre ripresi e ampliati alcuni meccanismi, in parte previsti da leggi precedenti, volti a ridurre i tempi del processo: decisione in forma semplificata³⁶ (con sentenza succintamente motivata) e anticipata (nella camera di consiglio fissata per l'esame dell'istanza cautelare, ovvero in esito all'esame istruttorio) nei casi in cui si ravvisi la manifesta fondatezza, infondatezza, irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità del ricorso³⁷; decisione con decreto del presidente della sezione, o magistrato da questi delegato, nei casi di rinuncia al ricorso, cessazione della materia del contendere, estinzione del giudizio e perenzione³⁸; accelerazione dei giudizi aventi ad oggetto i provvedimenti relativi ad alcune materie elencate (tra le quali le opere pubbliche), mediante riduzione dei termini processuali (salvo quello per la proposizione del ricorso), pubblicazione del dispositivo della sentenza in tempi stretti, speciale disciplina in ordine alla tutela cautelare (stabilendosi che ove il ricorso «evidenzi l'illegittimità dell'atto impugnato», il giudice, anziché concedere la misura cautelare, fissi a breve l'udienza di merito, salvo comunque adozione della misura in caso di estrema gravità e urgenza)³⁹.

Negli anni successivi varie e sparse norme hanno esteso ad altre controversie i suddetti meccanismi acceleratori⁴⁰. A parte ciò, il codice dei contratti⁴¹ ha anche introdotto con riguardo al solo ambito di contenzioso da esso individuato la tutela cautelare *ante causam*. Tale codice ha anche previsto⁴², per le controversie da esso indicate, specificità nella fissazione dell'udienza di discussione (in tempi brevi, senza che occorra l'impulso di parte), specificità in ordine alla concessione della misura cautelare (essendo richiesto, tra l'altro, che il giudice tenga conto del

giudizio amministrativo, Torino, 2008, p. 206 ss.; L. Iannotta, *La conoscenza della fondatezza della domanda nella giurisdizione amministrativa dopo le riforme del 2005 della legge 241 del 7 agosto 1990*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 357 ss.

³⁶ Per una analisi della giurisprudenza in tema di decisione in forma semplificata, rito ex art. 23 - bis legge TAR, e giudizio sul silenzio si veda A. Bertoldini, *I riti immediati ed abbreviati previsti dalla legge 21 luglio 2000, n. 205: la mediazione giurisprudenziale tra certezza ed effettività di tutela*, in *Dir. Proc. amm.*, 2003, p. 1288 ss.

³⁷ Cfr. la novella dell'art. 26 della legge n. 1034 del 1971, in particolare i commi 4, 5, e 6.

³⁸ Cfr. il comma 7, dell'art. 26 della legge n. 1034 del 1971.

³⁹ Art. 23-bis aggiunto alla legge n. 1034 cit.

⁴⁰ In questo senso da ultimo la legge n. 99 del 2009 con riguardo alle controversie attinenti a provvedimenti concernenti la produzione di energia elettrica, rigassificatori, gasdotti di importazione, centrali termoelettriche di determinata potenza, infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale.

⁴¹ Art. 245 del d.lg. n. 163 del 2006.

⁴² Art. 146 del d.lg. sopra citato.

«preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera»), specificità in ordine ai contenuti della tutela («la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente»).

Il suddetto schema è stato, poi, ribadito e, di più, accentuato, dall'art. 20 della legge n. 2 del 2009 con riguardo al contenzioso relativo alle procedure esecutive di progetti facenti parte del quadro strategico nazionale. Così come è proseguita la tendenza ad assegnare, con riguardo al contenzioso su determinati atti o materie, competenza inderogabile al Tar Lazio, sede di Roma.

3. *L'incerto e magmatico tema dei c.d. riti speciali*

Lo scenario prima rappresentato ha indotto la dottrina, a partire dalla manualistica, ad avvertire che il processo amministrativo ha perso la originaria uniformità in quanto alla disciplina generale ed ordinaria si sono aggiunte molteplici discipline processuali differenziate. In proposito, seppure si parli comunemente di riti speciali, viene tuttavia osservato che mentre in alcuni casi «sembra identificato un vero e proprio rito speciale, con istituti nuovi», in altri non si va oltre la proposizione di modalità di accelerazione o di semplificazione del giudizio per esigenze particolari di urgenza⁴³.

Le incertezze sul tema trovano riscontro nella varietà delle sistemazioni. Così taluno⁴⁴ distingue tra riti compatti (nel cui ambito comprende il rito «immediato», caratterizzato dalla definizione del giudizio in sede di decisione della domanda cautelare; il rito «abbreviato» caratterizzato dalla riduzione dei termini processuali; e il rito «accelerato» connotato dalla concentrazione tra fase cautelare e di merito), da un lato, e riti speciali (nel cui ambito comprende il contenzioso in materia di infrastrutture, il rito elettorale, il rito in materia sportiva, il ricorso per l'accesso ai documenti amministrativi, e la tutela nei confronti del silenzio), dall'altro. Altra dottrina⁴⁵ classifica tra i riti speciali il giudizio elettorale, quello per l'accesso ai documenti amministrativi, in materia di precettazione, il procedimento ex art. 23-bis della legge n. 1034 del 1971; e individua nel ricorso avverso il provvedimento di espulsione degli stranieri adottato dal Ministro dell'interno, e nel ricorso per ingiunzione «altri procedimenti speciali». Ancora, la configurazione in termine di rito speciale di qualsivoglia variante rispetto alle regole valevoli per il giudizio «ordinario»

⁴³ A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2008, p. 257.

⁴⁴ *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, cit., p. 139 e 403 ss.

⁴⁵ C.E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2007, p. 290 ss.

di impugnazione di atti porta a formulare un lungo elenco⁴⁶, peraltro di dubbio significato dal punto di vista sistematico. Il che è del tutto evidente ove si consideri che vi si comprende anche il giudizio di ottemperanza⁴⁷; assegnando così alla categoria confini talmente estesi (tutti i processi che presentano varianti rispetto al giudizio di impugnazione) da renderla assolutamente non omogenea.

Invero, non par dubbio, per stare al caso del giudizio di ottemperanza, che una rappresentazione in termini di rito speciale abbia poco significato, essendo piuttosto la finalizzazione all'esecuzione del comando giurisdizionale l'elemento connotativo e distintivo di quel giudizio, giustificativo di uno specifico modello processuale e dei particolari poteri assegnati al giudice. Al di là di ciò, c'è da chiedersi quale sia il punto oltre il quale varianti al processo ordinario giustifichino la classificazione in termini di rito speciale. Per stare a due casi tra loro assai distanti, si va dai ricorsi avverso le ordinanze conformative del diritto di sciopero, in cui le variazioni sono minime, al giudizio elettorale, che consta di una disciplina processuale alquanto compiuta.

Muovendo proprio dal giudizio in materia di operazioni elettorali, è pur vero che questo è «sempre riconducibile al modello ordinario»⁴⁸, essendo conformato in termini analoghi al processo di impugnazione, e retto, salvo quanto diversamente disciplinato, dai principi propri di questo. Significative varianti⁴⁹ sono, peraltro, costituite dalla estensione della legittimazione (a tutti i cittadini elettori), e dei contenuti della de-

⁴⁶ Cfr. M. Corradino, G. Dato, *I riti speciali*, cit., i quali vi comprendono: il giudizio per l'esecuzione del giudicato, il contenzioso in materia di operazioni elettorali, il rito in materia di accesso, il rito contro il silenzio della pubblica amministrazione, il giudizio ex art. 23 bis legge TAR, il giudizio in materia di infrastrutture e insediamenti produttivi strategici di carattere nazionale, il giudizio in materia di *par condicio* radiotelevisiva, il rito in materia di liquidazione delle spese, diritti ed onorari relativi all'attività professionale, il rito in materia di diniego di iscrizione al, o di cancellazione dal, registro delle associazioni di volontariato, il rito in materia di comunicazioni elettroniche, il giudizio in materia sportiva, il rito in materia di ordinanze e provvedimenti commissariali adottati nelle situazioni di emergenza ai sensi della legge n. 225 del 1992, il rito in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali.

⁴⁷ Sulla considerazione del suddetto giudizio in termini di rito speciale si veda anche A. Tigano, *L'esecuzione delle decisioni amministrative: il problema del rito "speciale" (e "ingessato") di cui agli artt. 90 e 91 reg. proc. 1907 n. 642 e dell'esercizio dei poteri "sensibili" (e "mobili") di cui all'art. 27, n. 4 T. U. Cons. Stato*, in *La differenziazione dei riti processuali*, cit., p. 165 ss.

⁴⁸ A. Travi, *Giusto processo e procedimenti amministrativi speciali*, in *Accademia Nazionale dei Lincei, Atti del convegno su Il giusto processo*, Roma, 28-29 marzo 2002, p. 70.

⁴⁹ Per cui si vedano gli artt. 83/11 e 84 del d.P.R. 16 maggio 1960, n. 570. In materia, da ultimo, N. Saitta, *Il giudizio in materia di operazioni elettorali*, in *La differenziazione dei riti processuali*, cit., p. 141 ss.; *Il contenzioso in materia di operazioni elettorali*, in M. Corradino, G. Dato, *I riti speciali*, cit., p. 87 ss.

cisione (con cui il giudice, oltre che annullare, può correggere il risultato delle elezioni, e sostituire ai candidati illegalmente proclamati coloro che hanno diritto di esserlo). Ancorché alla prima (che in ragione della specificità della materia consente l'accesso al giudice al di là dei diretti interessati, ma nemmeno a chiunque) non corrisponda alterazione del carattere dispositivo e di parte del giudizio; e quanto al secondo profilo, ove si tenga presente la casistica che può dar luogo alla correzione dei risultati, l'immediata attribuzione al giudice del potere sostitutivo costituisce una sorta di semplificazione/anticipazione di un esito altrimenti ottenibile (si pensi all'impugnativa di graduatorie concorsuali ove sia contestata l'attribuzione di punteggi). D'altra parte, esigenze di celere definizione, che trovano piena giustificazione nella materia trattata, sono alla base: di diversificazione in ordine ai termini; della inversione della sequenza notifica-ricorso, prevedendosi che prima il giudice fissi, in calce al ricorso previamente depositato, l'udienza di discussione in via di urgenza, e poi si proceda alla notifica, «alla parte che può avere interesse», del ricorso unitamente al decreto di fissazione dell'udienza; della fissazione di un termine perentorio per la presentazione delle controdeduzioni della parte controinteressata; della previsione secondo cui la parte dispositiva della decisione è letta immediatamente all'udienza pubblica, e la sentenza va depositata entro un breve termine.

Come nel caso del giudizio elettorale, anche con riguardo a quello sull'accesso ai documenti amministrativi le differenziazioni della disciplina processuale stanno a fronte di una specificità della materia, testimoniata dalla regolazione ad essa dedicata sul versante del diritto sostanziale⁵⁰. Proprio in relazione a ciò si giustifica una (relativamente) compiuta peculiarità del rito, in termini di accelerazione/deformalizzazione. È questo dato di sintesi ad apparire significativo, al di là delle singole puntuali previsioni in ordine alla riduzione del termine per la proposizione del ricorso, ai tempi della decisione e all'applicazione del procedimento in camera di consiglio, alla attribuzione al giudice del potere di ordinare l'esibizione dei documenti.

Analogamente deve dirsi per il procedimento, anch'esso accelerato e deformalizzato, in materia di silenzio⁵¹.

Per il resto c'è da prendere atto di una cospicua serie di norme che apportano deroghe a quelle valevoli per l'ordinario processo di impugnazione di atti, variamente composte con riguardo a singole tipologie di controversie, ovvero ad una molteplicità di esse. E di cui, di seguito, si propone un'elencazione:

⁵⁰ Cfr. M. Lipari, *La tutela giurisdizionale del diritto di accesso ai documenti: effettività della tutela e certezza delle regole*, in *La differenziazione dei riti processuali*, cit., p. 211 ss.

⁵¹ Su cui si vedano gli Autori citati nella precedente nt. 35.

- assegnazione, in deroga agli ordinari criteri, di competenza funzionale al Tar Lazio, sede di Roma⁵²;
- qualificazione della giurisdizione, come esclusiva⁵³;
- riduzione di termini processuali, in alcuni casi generalizzata salvo che per la proposizione del ricorso⁵⁴, in altri solo con riguardo alla proposizione del ricorso⁵⁵, in altri casi relativamente ad adempimenti specificamente elencati⁵⁶, ed, ancora, per la proposizione dell'appello;

⁵² Prevista inizialmente per i ricorsi relativi ad atti del CSM relativi allo status dei magistrati (legge n. 74 del 1990); e poi via via estesa ai provvedimenti amministrativi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 33 della legge n. 287 del 1990); ai provvedimenti amministrativi concernenti procedimenti di amministrazione straordinaria e liquidazione coatta amministrativa (art. 104 del decreto legislativo n. 385 del 1993); ai provvedimenti dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (art. 1, c. 26, della legge n. 249 del 1997); ai provvedimenti dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni concernenti violazione di norme sulla *par condicio* radiotelevisiva (art. 10 della legge n. 28 del 2008); ai provvedimenti del Ministero e dell'Autorità garante nelle comunicazioni adottati in base al Codice delle comunicazioni elettroniche (art. 9 del decreto legislativo n. 259 del 2003); al decreto di espulsione di stranieri disposta dal Ministro dell'interno (art. 13 della legge n. 40 del 1998); agli atti del CONI e delle Federazioni sportive (art. 3 della legge n. 280 del 2003); alle ordinanze e conseguenti provvedimenti commissariali assunti in determinate situazioni di emergenza (art. 3 della legge n. 21 del 2006); alle procedure ed ai provvedimenti concernenti produzione di energia elettrica di fonte nucleare, rigassificatori, gasdotti di importazione, centrali termoelettriche di certa potenza, infrastrutture di trasporto comprese nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti (art. 41 della legge n. 99 del 2009). Rispetto a quest'ultimo caso va valutata la pregressa previsione relativa ai ricorsi avverso gli atti e i provvedimenti dell'Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, che intesta la competenza al TAR ove ha sede l'Autorità (art. 2, c. 25, della legge n. 481 del 1995).

⁵³ Così per i provvedimenti amministrativi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato; per gli atti e provvedimenti dell'Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità; per i provvedimenti del Ministero e dell'Autorità garante nelle comunicazioni adottati in base al Codice delle comunicazioni elettroniche; per le controversie relative a procedure di affidamento lavori, servizi e forniture, provvedimenti sanzionatori dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, sul divieto di rinnovo tacito di contratti, clausola revisione prezzi, adeguamento prezzi; per le procedure e i provvedimenti concernenti produzione di energia elettrica di fonte nucleare, rigassificatori, gasdotti di importazione, centrali termoelettriche di certa potenza, infrastrutture di trasporto comprese nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti; per le controversie aventi ad oggetto atti del CONI e delle Federazioni sportive, non riservate agli organi di giustizia sportiva, e non devolute al giudice ordinario.

⁵⁴ Così per le controversie di cui al c. 1 dell'art. 23-bis della legge Tar, e per le altre a cui è stata estesa la disciplina dettata dal suddetto articolo.

⁵⁵ Così per i provvedimenti dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni concernenti violazione di norme sulla *par condicio* radiotelevisiva; per i ricorsi concernenti diniego di iscrizione o cancellazione dai registri delle organizzazioni di volontariato; per i ricorsi contro le ordinanze conformative di astensioni collettive nei servizi pubblici essenziali.

⁵⁶ Così, ad esempio, per i giudizi sulle procedure relative a progetti facenti parte del quadro strategico nazionale la riduzione dei termini è prevista per la notifica-

- fissazione di un termine entro il quale deve aver luogo l'udienza di discussione, senza che occorra apposita domanda⁵⁷;
- innesto sulla fase cautelare di un meccanismo di accelerazione della decisione, peraltro a scapito della concessione della misura cautelare⁵⁸;
- anticipazione, in presenza di alcune condizioni rappresentative di semplicità della definizione del giudizio (manifesta fondatezza, irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità, infondatezza) della pronuncia conclusiva⁵⁹;
- decisione in camera di consiglio⁶⁰;
- decisione succintamente motivata⁶¹;
- pubblicazione in tempi brevi del solo dispositivo della sentenza⁶².

Anche se non strettamente inerente a ciò che comunemente viene ricondotto ai c.d. riti speciali, occorre considerare che la legislazione più recente ha dettato una disciplina:

- del procedimento di ingiunzione e delle ordinanze e dei provvedimenti di condanna in via anticipata⁶³;
- della decisione con decreto presidenziale, e del conseguente procedimento di opposizione⁶⁴.

zione del ricorso, il deposito, la costituzione delle parti diverse dal ricorrente, la notifica e il deposito del ricorso incidentale, la proposizione dei motivi aggiunti, la fissazione dell'udienza.

⁵⁷ Così per le controversie relative a procedimenti di progettazione, approvazione e realizzazione di infrastrutture e insediamenti produttivi, per le controversie di cui all'art. 246 del codice dei contratti; per i ricorsi concernenti procedure relative a progetti facenti parte del quadro strategico nazionale.

⁵⁸ In tal senso l'art. 23 bis, commi 3 e 5, della legge TAR, ai sensi dei quali ove il ricorso evidenzia l'illegittimità dell'atto impugnato e il *periculum*, il giudice fissa a breve l'udienza per la decisione, salvo disporre opportune misure cautelari in caso di estrema gravità ed urgenza, e ragionevole probabilità del buon esito del ricorso.

⁵⁹ Art. 26, commi 4, 5, e 6, della legge TAR.

⁶⁰ Al di là dei casi indicati nell'art. 27 della legge TAR, il procedimento in camera di consiglio è previsto per i giudizi sul silenzio, in materia di accesso ai documenti amministrativi, in materia di iscrizione o cancellazione ai registri delle organizzazioni di volontariato.

⁶¹ Su cui l'art. 26, comma 4, della legge TAR.

⁶² Così per le controversie cui si applica l'art. 23-bis della legge TAR, nonché per quelle relative a progetti facenti parte del quadro strategico nazionale.

⁶³ Con riguardo alle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva, aventi ad oggetto diritti soggettivi di natura patrimoniale (art. 8 della legge n. 205 del 2000).

⁶⁴ Ai sensi dell'art. 26, c. 7, della legge TAR, come novellata dalla legge n. 205 del 2000, la rinuncia al ricorso, la cessazione della materia del contendere, la estinzione del giudizio e la perenzione sono pronunciate con decreto dal Presidente della sezione o magistrato da questi delegato. Contro il decreto ciascuna delle parti costituite può proporre opposizione al Collegio, il quale decide con ordinanza in camera di consiglio, sentite le parti che ne facciano richiesta. Avverso l'ordinanza può essere proposto ricorso in appello.

Ed ancora, che elementi di specialità sono stati introdotti con riguardo ai contenuti o agli effetti della decisione, differenziandoli in senso estensivo o limitativo: condanna a provvedere⁶⁵, anche in sede cautelare⁶⁶, ordine di esibizione⁶⁷; non incidenza della sospensione o dell'annullamento dell'atto conclusivo della procedura di evidenza pubblica sul conseguente contratto⁶⁸; condanna al risarcimento danni solo per equivalente⁶⁹.

A fronte della suddetta elencazione mi pare che la categoria dei riti speciali, in mancanza di un elemento che ne rappresenti significativa sintesi, finisca con l'essere un puro e semplice contenitore di deroghe al modello ordinario. Deroghe il cui apprezzamento si riduce alla mera diversità di disciplina. Per questo verso la compattezza e scarsa articolazione del tradizionale modello di tutela davanti al giudice amministrativo rischia di condurre ad una sottovalutazione di quelle partizioni sistematiche consuete allo schema del processo davanti al giudice civile. Si ricordi quanto prima accennato in ordine al giudizio di ottemperanza (da taluno catalogato quale rito speciale). Ed analoghe considerazioni valgono per il procedimento di ingiunzione, ora ammesso anche davanti al giudice amministrativo, la cui sistemazione più congrua dovrebbe far riferimento (non già alla generica categoria dei procedimenti speciali, bensì) a quella dei processi sommari. Nel cui ambito, del resto, andrebbe collocata e disciplinata la tutela cautelare, la cui autonomia rispetto al processo ordinario a cognizione piena troverebbe, così, più idonea evidenza in un distinto capo della regolazione, in parallelo ad una più compiuta articolazione di quella tutela (si pensi alla proposizione della domanda anteriormente alla instaurazione del processo a cognizione piena, e alla possibile attenuazione della strumentalità del provvedimento sommario).

Quanto osservato trova conferma ove si prenda in esame l'art. 23-bis della legge sui TAR, usualmente ritenuto fonte di un rito speciale valevole per i c.d. «settori sensibili». Si dice che con la norma suddetta il legislatore ha «perseguito la finalità di favorire la rapida definizione del giudizio in controversie caratterizzate da qualificanti profili di urgenza [...] riducendo drasticamente i tempi del processo e semplificando lo svolgimento di determinate fasi»⁷⁰.

⁶⁵ Così nel caso del giudizio sul silenzio.

⁶⁶ Così nel caso di inerzia dell'Autorità garante nelle comunicazioni nei ricorsi sulla *par condicio* radiotelevisiva, ai sensi dell'art. 10 della legge n. 28 del 2008.

⁶⁷ Così nel caso dei ricorsi concernenti il diritto di accesso.

⁶⁸ Così l'art. 246 del codice dei contratti. Analogamente per i giudizi avverso i provvedimenti emanati ai sensi della legge n. 2 del 2009 concernente «velocizzazione delle procedure esecutive di progetti facenti parte del quadro strategico nazionale».

⁶⁹ Così per le controversie richiamate alla precedente nt. 54.

⁷⁰ M. Corradino, G. Dato, *Il giudizio sui «settori sensibili» (art. 23 bis c.d. legge TAR e disposizioni processuali inserite nel recente «codice dei contratti»)*, in *I riti speciali*, cit., p. 283.

Al riguardo va innanzitutto evidenziato che le materie cui l'art. 23 – bis trova applicazione sono molte e varie⁷¹, senza che sia percepibile un denominatore comune al di fuori della scelta legislativa di accomunarle nella applicazione di un percorso più rapido rispetto all'ordinario contenzioso. Obiettivo perseguito con misure varie che, a loro volta, non trovano altra sintesi se non in quel medesimo obiettivo. D'altro canto, ove ci si concentri sul dato forse più significativo, costituito dall'innesto nella fase cautelare di un meccanismo di accelerazione della decisione, va osservato che il legislatore lo ha previsto come aggiuntivo («salva l'applicazione dell'art. 26, quarto comma») rispetto ad altro abbreviatorio valevole in via ordinaria. E si potrebbe arrivare a dire che, così come quest'ultimo costituisce diversificazione nell'ambito delle modalità di svolgimento dell'ordinario processo in ragione della semplicità della controversia, anche il primo si muova in una simile logica (presupposto di legge è, infatti, che «il ricorso evidenzi l'illegittimità dell'atto impugnato», lasciando così trasparire semplicità nella definizione della controversia). Il che, in definitiva, evidenzia che nell'esperienza degli ultimi anni l'introduzione di c.d. riti speciali è per lo più servita a rimediare una ridotta articolazione della regolazione dell'ordinario processo a cognizione piena.

Sia pure con riguardo a un diverso profilo, quello della ridotta articolazione dell'ordinaria tutela, anche il rito in materia di silenzio ha costituito risposta ad una esigenza cui non si è riusciti a dare soluzione in termini generali, con la previsione di una autonoma azione di accertamento/condanna, accanto a quella per l'annullamento di atti e provvedimenti; seguendosi, piuttosto, la strada della specialità. Per di più, con un procedere a tappe che, ha portato ad innestare, su un modello processuale improntato a celerità in vista del solo accertamento dell'inadempimento dell'amministrazione, e del conseguente ordine generico di provvedere, un possibile giudizio sulla fondatezza della pretesa. Il che non solo risulta incoerente con la peculiarità del rito, ma implica irragionevole diversificazione rispetto alla tutela fruibile nell'ordinario contenzioso di impugnativa dei provvedimenti negativi.

A riprova di quanto qui rilevato, l'esame che nei saggi pubblicati in questo volume viene condotto sulle soluzioni seguite nei principali ordinamenti europei per assicurare una tutela nei confronti dei pubblici poteri effettiva ed efficace, mostra tutti i limiti e le insufficienze dell'esempio italiano. E conferma il bisogno di un profondo e complessivo intervento di riforma, offrendo un panorama che, nella diversità di impianto e culture, appare quantomeno ispirato a logiche non approssimative e contingenti. Se, come nel caso del processo davanti agli organi di giustizia dell'Unione Europea, a fronte della varietà delle competenze, l'unicità del rito è garantita dalla pragmaticità del diritto processuale comunitario e dalle molte-

⁷¹ Si vedano le osservazioni di C.E. Gallo, *Manuale*, cit., p. 303.

plici possibilità di adattamento allo specifico della controversia⁷²; se nel caso del Regno Unito la risposta alle esigenze di tutela nei confronti delle pubbliche amministrazioni consta di un'ampia articolazione degli strumenti, puntando, al di là di del ricorso alle Corti, sulla razionalizzazione del sistema degli *administrative tribunals*⁷³; e se, ancora, nel caso tedesco la presenza di un sistema aperto di azioni esperibili consente di tener ferma la unitarietà di disciplina processuale⁷⁴; anche laddove, come nel caso della Francia⁷⁵ e della Spagna⁷⁶, sono presenti, in misura più o meno accentuata, riti differenziati, questi appaiono integrati in un quadro che, diversamente dal nostro, ha una sua logica unitaria e coerenza complessiva.

4. *La problematica delega per il riassetto della disciplina del processo amministrativo prevista dalla legge n. 69 del 2009. Verso una riduzione e razionalizzazione dei c.d. riti speciali?*

In apertura si è detto della delega per il riassetto della disciplina del processo amministrativo dettata dall'art. 44 della legge n. 69 del 2009⁷⁷.

⁷² Si veda S. Torricelli, *Il processo di fronte agli organi di giustizia dell'Unione europea: un processo organizzato per adattarsi alla controversia*, in questo volume.

⁷³ Si veda D. De Grazia, *Il sistema di giustizia amministrativa del Regno Unito: verso l'integrazione della tutela*, in questo volume.

⁷⁴ Si veda M. Carrà, *Atipicità del diritto di azione ed effettività della tutela nel processo amministrativo tedesco*, in questo volume.

⁷⁵ Si veda W. Gasparri, *La struttura del contentieux administratif, le tutele differenziate e i riti speciali nell'ordinamento francese*, in questo volume.

⁷⁶ Si veda R. Briani, *Effettività della tutela tra rito ordinario e riti differenziati nella giustizia amministrativa spagnola*, in questo volume.

⁷⁷ Vanno segnalate alcune peculiarità che hanno contraddistinto la delega in questione. Essa è inserita nell'ambito di una legge dai molteplici e vari contenuti, titolata «disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile». Tale legge è articolata in sei capi, uno dei quali (il terzo) dedicato a «piano industriale della pubblica amministrazione», ed altro (il quarto) alla giustizia. Se si guarda all'iniziale versione del d.d.l. d'iniziativa governativa, fino al testo approvato dal Senato il 4 marzo 2009, si scopre che la norma che ci riguarda (parimenti ad altra concernente la Corte dei Conti) era ricompresa non già nel capo sulla giustizia, bensì in quello sul piano industriale della pubblica amministrazione. Il che la dice lunga sul modo di concepire il giudice amministrativo e il relativo processo. Ancora, va ricordato che sempre in quel testo, ferma la previsione in ordine alla acquisizione del parere del Consiglio di Stato sugli schemi di decreti legislativi, si dava al Presidente del Consiglio la possibilità di «delegare al Consiglio di Stato la stesura dell'articolato, mediante commissione speciale» ai sensi dell'art. 14, numero 2, TU del 1924, ed era attribuita al Presidente del Consiglio di Stato la «facoltà di integrare la commissione speciale con magistrati del TAR, nonché con un numero di esterni, non superiori a cinque, esperti nella materia del processo amministrativo». La suddetta, quantomeno singolare, disciplina è stata oggetto di critiche (cfr. F. Biondi e L. Platania, *Ma chi fa i decreti legislativi? Sui legami tra Consiglio di Stato ed esecutivo*, in <<http://www.forumcostituzionale.it/>>).

Delega che tra i principi e criteri direttivi comprende anche la «revisione e razionalizzazione dei riti speciali, e delle materie cui essi si applicano» (con esclusione di quelli previsti dalle norme di attuazione dello statuto speciale della regione Trentino-Alto Adige). Apposita e distinta previsione è dettata per il «processo amministrativo sul contenzioso elettorale», demandando al legislatore delegato «razionalizzare e unificare le norme vigenti», ed impegnandolo a: prevedere il dimezzamento, rispetto a quelli ordinari, di tutti i termini processuali; prevedere, in entrambi i gradi, il deposito preventivo del ricorso e la successiva notificazione; introdurre la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni alla Camera ed al Senato; prevedere un rito abbreviato in camera di consiglio che consenta la risoluzione del contenzioso in tempi compatibili con gli adempimenti organizzativi del procedimento elettorale e con la data di svolgimento delle elezioni (circa quest'ultima previsione, non è chiarissimo se riguardi complessivamente il contenzioso elettorale, o sia riferita esclusivamente al procedimento per le elezioni politiche; propenderei per la prima opzione).

Va subito osservato che, a differenza dal caso del processo elettorale (per cui, come visto, sono fornite alcune specificazioni, al di là della generica indicazione sulla «razionalizzazione e unificazione» delle norme vigenti), per i riti speciali in genere si parla solo di «revisione e razionalizzazione», comprendendo in tale obiettivo anche le «materie» cui essi si applicano. La povertà di indirizzi e criteri appare tanto più grave ove si consideri che con riguardo al processo amministrativo, anche in considerazione dei connotati complessivi della attuale regolazione processuale, la tematica è assolutamente incerta e magmatica⁷⁸, ed è dubbia, come visto, la stessa selezione dei casi in cui possa effettivamente parlarsi di riti speciali.

A parte le perplessità derivanti dall'uso del termine «delega», sono stati avanzati rilievi sul doppio coinvolgimento del Consiglio di Stato, in sede di stesura dell'articolo e di espressione di parere sullo schema di decreto, sulla compartecipazione del Consiglio di Stato alla funzione legislativa delegata (tanto più in quanto relativa ad un oggetto che direttamente lo riguarda, trattandosi della disciplina del processo cui è applicato), sulla integrazione della commissione speciale con soggetti estranei alla funzione consultiva del Consiglio di Stato. Alcune di queste critiche sono state superate da correzioni (non si parla più delega, ma di facoltà di avvalersi dell'art. 14, n. 2; è stato escluso il doppio passaggio); altre no (rimangono i dubbi sulla opportunità di avvalersi del Consiglio di Stato per la stesura dell'articolo, e sulla estensione della commissione speciale a soggetti estranei alla funzione consultiva).

⁷⁸ Si vedano le riflessioni di A. Romano Tassone, *Sulla differenziazione dei riti processuali (dalla codificazione alla ricodificazione?)*, in *La differenziazione dei riti processuali*, cit., p. 9 ss., e di A. Travi, *I termini del processo amministrativo e i riti speciali*, relazione al convegno «La codificazione del processo amministrativo nel terzo millennio», Roma, Consiglio di Stato, 20 maggio 2008. Per un ampio esame condotto appena prima della approvazione della legge n. 205 del 2000, S. Menchini, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 921 ss.

È, peraltro, da notare che una legge successiva, nel prevedere una specifica delega al governo per l'attuazione di direttive concernenti il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici⁷⁹, prefigura per il suddetto contenzioso una disciplina differenziata sotto vari profili. È prescritto, tra l'altro, che il rito si svolga «con la massima celerità e immediatezza nel rispetto del contraddittorio e della prova, con razionalizzazione e abbreviazione dei vigenti termini di deposito del ricorso, costituzione delle altre parti, motivi aggiunti, ricorsi incidentali», ed, ancora, la «forma sintetica» dei ricorsi e scritti di parte, oltreché dei provvedimenti del giudice, concentrazione nel medesimo giudizio di tutti i ricorsi relativi alla medesima procedura, sospensione della stipulazione del contratto in caso di proposizione del ricorso contro un provvedimento di aggiudicazione accompagnato da domanda cautelare, competenza inderogabile e rilevabile di ufficio del TAR Lazio, riduzione del termine per l'impugnazione del provvedimento cautelare⁸⁰. Il che, di nuovo, fa risaltare la notevole genericità che connota la delega ex legge n. 69 sul tema in esame.

Genericità che, per la verità, si estende alla delega nel suo complesso, e che è macroscopicamente evidente ove si ripensi a quell'ampio ed articolato progetto di legge di cui si è parlato in apertura. Per di più, della delega attuale non è chiara nemmeno l'effettiva portata. Per questo aspetto, stando al termine usato nella intestazione della norma, ove si parla di «riassetto» della disciplina del processo amministrativo, parrebbe venir prefigurato un limitato intervento di revisione, aggiustamento e coordinamento della disciplina vigente. Diversamente, guardando al testo si può essere indotti a ipotizzare un intervento di riforma ben più radicale. Viene, infatti, assunto ad obiettivo, tra l'altro, il coordinamento con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali, nonché la concentrazione delle tutele; e sono inseriti tra i principi e criteri direttivi: la disciplina delle azioni e funzioni del giudice; il riordino delle norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni; la previsione delle «pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa»; il riordino della tutela cautelare, anche generalizzando quella *ante causam*; il riordino del sistema delle impugnazioni. In definitiva, un catalogo assai ampio, che potrebbe dar adito a (possibili) significative innovazioni, tuttavia solo evocate, o, meglio, rimesse in modo quasi assolutamente aperto al legislatore delegato. In molti casi le proposizioni mancano delle necessa-

⁷⁹ Cfr. l'art. 44 della legge 7 luglio 2009, n. 88 (legge comunitaria 2008).

⁸⁰ L'esercizio della suddetta delega, che ha tempi più ristretti (20 dicembre 2009) di quella riguardante il processo amministrativo nel suo complesso (un anno dall'entrata in vigore della legge n. 69, pubblicata nella G.U. del 19 giugno 2009), comporterà esigenze di coordinamento rispetto al riassetto contemplato dalla legge n. 69, a meno di considerare il giudizio in materia di appalti una monade del tutto separata.

rie specificazioni e indicazione di principi e criteri. Tra quelli contemplati, molti peccano di genericità e scarsa chiarezza, ricavandosi non già da una esposizione ed articolazione ordinata, ma piuttosto da proposizioni sparse nel corpo normativo, e di cui è problematico cogliere la effettiva portata.

È il caso, tra gli altri, dell'obiettivo «di assicurare la concentrazione delle tutele», che in mancanza di ulteriori precisazioni si presta alle più varie interpretazioni e applicazioni. Così come quello di «adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza [...] delle giurisdizioni superiori», molto oscuro, oltreché opinabile.

D'altro canto, quando si commette al legislatore delegato di «riordinare le norme sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni», senza nulla aggiungere, sono fortissimi i dubbi a che ne possano risultare legittimati interventi – se non di mero aggiustamento – sul riparto delle giurisdizioni. Tanto più stante l'estrema delicatezza (in considerazione anche della rilevanza costituzionale) e complessità (testimoniata dalle incertezze non sopite dalle stesse più recenti pronunce della Corte Costituzionale) della materia.

Che dire, poi, dell'indirizzo a prevedere «le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa»? Prospettiva totalmente aperta ad ogni soluzione in punto di rapporto tra i tre tipi di azione, di selezione della loro ammissibilità, di determinazione dei presupposti e degli elementi caratterizzanti.

Alla luce delle suddette esemplificazioni, molti sono gli interrogativi sul fatto che la delega in esame sia costituzionalmente idonea ad andare oltre un'opera di mero riassetto e limitata razionalizzazione e coordinamento della disciplina vigente. Troppe le genericità, a cui si aggiungono, inoltre, non piccole lacune. All'importante capitolo dell'istruttoria è dedicato solo un fugace cenno nella direzione della «estensione delle funzioni esercitate dal giudice in forma monocratica». Il giudizio di ottemperanza non è nemmeno nominato, e il tentativo di recuperarlo valendosi della previsione sul riordino dei casi di giurisdizione di merito, o sui riti speciali integrerebbe una acrobazia davvero spericolata.

Tanto rilevato, non si vuol concludere che pur nei ridotti termini di un intervento di «riassetto» l'operazione non potrebbe risultare utile e produttiva. Anche se, comunque, non sarebbe corrispondente a quella organica riforma da tempo auspicata.

A quest'ultimo riguardo, anche rispetto ai c.d. riti speciali c'è da dubitare che i problemi e le discussioni che il tema ha suscitato possano trovare compiuta soluzione. Non par dubbio, infatti, che ciò richiederebbe un disegno sistemico a capo del quale dovrebbe stare il/i procedimenti tipo in cui organizzare e articolare la tutela. Mediante i quali andrebbero soddisfatte in via ordinaria e generale le esigenze di effettività e di efficacia, compresa quella di ragionevole durata del processo. Una seria riflessione sulle ragioni e sulla selezione dei casi e delle forme di eventuali discipline differenziate richiede che siano previamente apprezzati e risolti i problemi concernenti il sistema ordinario della tutela dispensata dal giudice ammi-

nistrativo, e la sua conformazione. Altrimenti assegnandosi alla specialità un ruolo improprio, di rimedio, in questo o quel caso, alle carenze del modello. Il che è proprio quello che è avvenuto in Italia negli ultimi anni.

Ciò non toglie che, pur nei limiti di un'operazione di riassetto, sia perseguibile qualche miglioramento rispetto al confuso stato attuale. In questa direzione possono condurre, da un lato, alcune (pur) generiche indicazioni della delega. In particolare, l'indirizzo ad «assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo [...] nonché la razionalizzazione dei termini processuali» potrebbe portare a soluzioni che rendano più sollecito e funzionale lo svolgimento dell'ordinario processo. Con ciò riassorbendo quantomeno alcune delle ragioni che in passato hanno indotto a specialità di discipline. Dall'altro, e in parallelo, l'espressione «revisione e razionalizzazione dei riti speciali» si presta ad una lettura in chiave di selezione / riduzione basata su una rinnovata valutazione (anche alla luce delle innovazioni al processo ordinario) delle ragioni a sostegno di discipline differenziate.

A questo riguardo soccorre il collegamento rito speciale – materia esplitato dalla norma di delega, che autorizza a cogliere, come in precedenza rilevato, nel legame tra differenziazione della regolazione processuale e materia cui si applica l'elemento qualificante e giustificativo del rito speciale. Inducendo per ciò ad una selezione da cui risulterebbe indubbiamente escluso il caso di cui all'art. 23 bis della legge TAR; o che, comunque, dovrebbe indurre ad una sua ricalibratura sulla scorta di una più salda riconoscibilità delle ragioni di differenziazione in collegamento ad un determinato e specifico ambito e alla relativa disciplina sul versante del diritto sostanziale. Per questo verso l'attuazione delle direttive comunitarie concernenti gli appalti pubblici, seppure, come visto, oggetto di un parallelo percorso, ben può essere utilizzata in tale direzione. A patto, evidentemente, che sia operata in coordinamento con la più generale operazione di riassetto.

D'altro canto, ed infine, alla luce di un quadro d'insieme, sia pure nei limiti consentiti dai connotati della delega, si rende possibile un'opera di razionalizzazione nella direzione del resettaggio delle molteplici e varie deroghe alle norme processuali di ordinaria applicazione, che si sono venute assumendo senza una precisa logica nel corso degli ultimi anni. Una riconsiderazione volta non solo a un coordinamento formale, ma in primo luogo orientata a una equilibrata e, insieme, ferma attuazione dei principi costituzionali sulla effettività della tutela e sul giusto processo. Non è, infatti, da sottovalutare il rischio, segnalato da più parti, che l'incontrollata introduzione di riti speciali finisca per reagire negativamente sull'accesso alla, e sulla resa della, tutela, «aggravando la posizione degli interessati con regole processuali particolari, assai spesso criptiche»⁸¹, e

⁸¹ M.P. Chiti, *Verso l'inflazione dei riti speciali e delle forme di tutela differenziata?*, in *La differenziazione dei riti processuali*, cit., p. 272-273; Id., *Le procedure giurisdizionali speciali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, tomo

discriminando alcune tipologie di interessi rispetto ad altre, ovvero privilegiandone talune rispetto alla generalità. In proposito, come noto, la Corte costituzionale ha finora seguito una linea alquanto timida allorché è stata chiamata a pronunciare sulla compatibilità ai principi costituzionali di discipline derogatorie a regole dell'ordinario sistema di tutela⁸². Ma, è pienamente da condividere l'idea che un intervento di codificazione non debba «considerare i principi costituzionali in una prospettiva 'difensiva' e, cioè, al fine di prevenire vizi di legittimità costituzionale: la codificazione deve essere anche un'occasione per attuare i principi costituzionali e per realizzare 'standard' più elevati nel nostro ordinamento»⁸³.

V, Milano, 2003, p. 4795, ove, rilevato che l'ampiezza e l'eterogeneità delle suddette procedure escludono la possibilità di una considerazione unitaria, afferma che la relativa disciplina «attenta all'effettività del diritto di difesa [...] non assicura di per sé la celerità [...] favorisce lo scadimento della qualità del processo».

⁸² Alla affermazione che spetta al legislatore «un'ampia potestà discrezionale» nella regolazione degli istituti processuali e nella differenziazione degli strumenti di tutela (cfr., tra le altre, la sentenza 27 ottobre 2006, n. 341) fa da contrappunto l'affermazione che l'esercizio del diritto di difesa e il conseguimento della tutela giurisdizionale devono essere disciplinate secondo modalità tali da non renderli «impossibili o estremamente difficili (cfr., tra le altre, l'ordinanza 14 dicembre 2004, n. 386). Già nel modo di porre la questione emerge la primazia assegnata dalla Corte al primo dei termini, venendo posta, per esso, in chiave di (limiti alla) espandibilità, e, viceversa, per il secondo di (limiti alla) riducibilità. Ciò trova conferma nelle soluzioni date con riguardo alle specifiche fattispecie sottoposte a giudizio, ove, ancorché talora si sottolinei la delicatezza del problema e la necessità di adottare rigorosi criteri di verifica sul rispetto di alcuni valori processuali (cfr., ad esempio, la sentenza 26 giugno 2007, n. 237), la Corte si mostra alquanto restia a censurare le scelte legislative.

⁸³ A. Travi, *I termini del processo amministrativo*, cit.

ATIPICITÀ DEL DIRITTO DI AZIONE
ED EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA
NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO TEDESCO*

Matilde Carrà

1. Premessa

In Germania il processo davanti ai tribunali amministrativi è disciplinato in modo unitario da una legge federale, la *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO), che lo ha modellato in buona parte sulla traccia del processo civile, introducendovi gli adattamenti richiesti dalla peculiarità del diritto sostanziale che i giudici devono applicare nelle controversie che riguardano i rapporti tra privati e pubbliche amministrazioni.

Prima ancora che dal modello e dalla tradizione del processo civile, però, il legislatore federale è stato guidato dai principi costituzionali comuni a tutti i procedimenti giurisdizionali e dall'intento di dare la massima concretizzazione possibile al diritto fondamentale ad una tutela piena

* Nel testo e nelle note saranno utilizzate le seguenti abbreviazioni: AöR: Archiv des öffentlichen Recht (rivista); BayVBl.: Bayerische Verwaltungsblätter (rivista); BauGB: Baugesetzbuch (codice edilizio federale); BRRG: Beamtenrechtsrahmengesetz (legge quadro sulla disciplina dei funzionari); BVerfG: Bundesverfassungsgericht (Tribunale costituzionale federale); BVerfGG: Bundesverfassungsgerichtsgesetz (legge federale sul Tribunale costituzionale); BVerfGE: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (raccolta delle decisioni del Tribunale costituzionale federale); BVerwG: Bundesverwaltungsgericht (tribunale federale amministrativo); BVerwGE: Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (raccolta delle decisioni del Tribunale amministrativo federale); CEDU: Convenzione europea dei diritti dell'uomo; DÖV: Die Öffentliche Verwaltung (rivista); DRiG: Deutsches Richterrechtsgesetz (legge tedesca sui giudici); DVBl.: Deutsches Verwaltungsblatt (rivista); FGO: Finanzgerichtsordnung (legge sull'ordinamento dei tribunali tributari); GG: Grundgesetz (legge fondamentale); GVG: Gerichtsverfassungsgesetz (legge sull'ordinamento giudiziario); Jura: Juristische Ausbildung (rivista); JZ: Juristenzeitung (rivista); NJW: Neue Juristische Wochenschrift (rivista); NVwZ: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (rivista); NuR: Natur und Recht (rivista); OVG: Oberverwaltungsgericht (tribunale amministrativo di appello); VG: Verwaltungsgericht (tribunale amministrativo di primo grado); SGG: Sozialgerichtsgesetz (legge sull'ordinamento dei tribunali sociali); VerwArch.: Verwaltungsarchiv (rivista); VwGO: Verwaltungsgerichtsordnung (legge sull'ordinamento dei tribunali amministrativi); VwVfG: Verwaltungsverfahrensgesetz (legge sul procedimento amministrativo); ZPO: Zivilprozessordnung (codice di procedura civile).

ed effettiva nei confronti dei poteri pubblici, riconosciuto dall'art. 19 IV *Grundgesetz* (GG).

Muovendo da tale generale e organica prospettiva, la versione originaria della VwGO e le numerose modifiche che l'hanno accompagnata fino ad oggi non hanno risposto alla crescente e diversificata domanda di tutela dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione affiancando ad un processo amministrativo ordinario, regolato da una disciplina generale, uno o più riti e/o tutele speciali, sottoposti ad un regime differenziato.

La soluzione adottata dall'ordinamento tedesco è stata quella di mantenere uniforme la struttura e i principi regolatori del processo, accentuando invece la connotazione atipica del diritto di azione mediante la introduzione di un sistema articolato e aperto di azioni che possono essere esperite davanti ai tribunali amministrativi. L'idea che è alla base di tale sistema è quella che il cittadino che sia leso nei suoi diritti da una qualsiasi forma di attività o inattività dell'amministrazione debba poter disporre dell'azione più idonea a soddisfare la sua domanda di tutela, tenendo conto, da un lato, della lesione subita (o minacciata) e, dall'altro, della diversità di forme e modalità attraverso cui si manifesta l'attività amministrativa.

Nella differenza di approccio rispetto al nostro e ad altri ordinamenti europei, l'esperienza tedesca induce a riflettere sulla possibilità di percorrere strade diverse da quella della proliferazione (e frantumazione) di riti speciali difformemente disciplinati, per soddisfare l'esigenza di differenziare e rendere effettiva la tutela nei confronti dei poteri pubblici.

Pertanto, nelle pagine che seguono, si cercherà di dare un quadro di insieme delle tipologie di azioni che possono aprire un processo amministrativo in Germania. Solo qualche cenno sarà riservato, invece, ad alcune delle molte e complesse ragioni storiche e istituzionali che, più in generale, hanno autonomamente caratterizzato la edificazione del sistema tedesco di tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione, influenzando anche la scelta dell'articolazione e differenziazione delle azioni.

Si dovrà, peraltro, necessariamente presupporre la conoscenza del contesto di diritto amministrativo sostanziale, nel quale si collocano e al quale inevitabilmente si collegano alcune delle soluzioni processuali.

Non si toccheranno, inoltre, nell'economia di questo scritto, le problematiche dei mezzi di impugnazione e della esecuzione delle sentenze.

Per un inquadramento generale, la descrizione delle singole azioni sarà preceduta da una sintetica esposizione delle garanzie – previste dal testo costituzionale e attuate dalla VwGO – da cui devono essere assistiti non solo gli organi, ma anche i procedimenti giurisdizionali, per assicurare la effettività della tutela del cittadino; si faranno anche i necessari riferimenti ai principi generali che caratterizzano il processo amministrativo tedesco, segnalandone le ricadute più significative sul relativo svolgimento.

2. Garanzie procedurali ed effettività della tutela nel Grundgesetz e nella Verwaltungsgerichtsordnung

Il diritto alla tutela per *chiunque sia leso nei suoi diritti dal potere pubblico* trova fondamento costituzionale nell'art. 19 IV GG¹, che chiude la prima parte del *Grundgesetz* dedicata ai diritti fondamentali, dei quali lo stesso art. 19, al secondo comma, afferma la intangibilità del contenuto essenziale.

La collocazione e il tenore della disposizione attestano, per pacifico riconoscimento, che il costituente ha inteso assegnare al diritto alla difesa nei confronti del potere pubblico la natura di diritto fondamentale con un proprio autonomo peso specifico, che obbliga il legislatore a disciplinare e i tribunali a garantire *una tutela il più possibile priva di lacune, piena ed effettiva*².

Altre norme costituzionali proiettano il diritto alla effettività e pienezza della tutela sulle garanzie da cui devono essere assistiti, rispettivamente, i procedimenti giurisdizionali e gli organi deputati a decidere le controversie³.

Sotto il primo profilo, l'art. 103 I GG sancisce il diritto ad essere ascoltati dal giudice, che una parte della dottrina collega all'art. 6 CEDU⁴ e che assume anch'esso, a sua volta, il rango di diritto fondamentale, con la conseguenza che se la sua lesione non viene sanata nel corso del processo, invalida la pronuncia del tribunale, aprendo la strada, oltre che agli ordinari mezzi di impugnazione, al ricorso costituzionale diretto davanti al *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) ex art. 93 I 4a GG⁵.

Dallo stesso art. 103 I, in combinato disposto con il diritto di uguaglianza sancito dall'art. 3 GG e con il diritto al giudice naturale affermato

¹ La prima parte dell'art. 19 IV GG così dispone: «Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen». Si noti che nell'ampia formula di tale disposizione viene inclusa anche la tutela offerta dal ricorso costituzionale diretto (*Verfassungsbeschwerde*), garantita dall'art. 93 I 4a GG a chiunque sia stato leso, da un qualsiasi potere pubblico, in un suo diritto fondamentale.

² In tal senso si è espresso a più riprese il Tribunale costituzionale federale. Si vedano, in particolare *BVerfGE* 8, 274, 326 e *BVerfGE* 84, 34, 49.

³ Cfr. F. Hufen, cit., 2005, p. 4 ss. e, più in generale, sui profili costituzionali D. Lorenz, *Die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 19 IV GG für das Verwaltungsprozessrecht*, in *Festschrift für Menger*, 1985, p. 143 ss.; Id., *Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie*, 1973; E. Schmidt-Assmann, *Die Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte: verfassungsgerichtliche Vorgaben und Perspektiven*, in *DVBl*, 1997, p. 101 ss.; W. Frotscher – B. Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, 2005.

⁴ Si veda in proposito E. Schmidt-Assmann, *Neue Entwicklungen zu Art. 6 EMRK und ihr Einfluß auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG*, in *Festschrift für Schmitt Glaeser*, 2003, p. 317 ss.

⁵ Per indicazioni sui casi in cui il Tribunale costituzionale federale e il Tribunale amministrativo federale hanno rinvenuto la violazione del diritto di essere ascoltati dal giudice si rinvia a F. Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, cit., p. 553.

dall'art. 101 I GG, vengono derivate le ulteriori garanzie della uguaglianza delle parti processuali e della imparzialità e neutralità del procedimento giurisdizionale. L'assicurazione del rispetto del principio di uguaglianza nell'audizione di tutte le parti processuali, in particolare, ha assunto una rilevanza crescente con l'aumento dei casi in cui l'oggetto del processo amministrativo è costituito non (più) da un rapporto bipolare tra amministrazione e singolo cittadino, ma da rapporti multipolari, che inducono il giudice ad assumere sempre di più il ruolo di arbitro tra i diversi interessi pubblici e privati in conflitto e a non limitarsi ad un generico controllo sull'osservanza del divieto di abusi processuali⁶.

Sotto il secondo profilo, gli artt. 97 e 101 GG sanciscono le garanzie di indipendenza e imparzialità dei giudici, estese incondizionatamente a tutti gli organi cui è attribuito il potere giurisdizionale dall'art. 92 GG⁷: il Tribunale costituzionale federale, le Corti supreme federali espressamente previste dall'art. 95 I GG – rispettivamente per la giurisdizione ordinaria, amministrativa, tributaria, del lavoro e sociale – e le altre Corti supreme eventualmente istituite con leggi federali ex art 96 GG, nonché i tribunali costituzionali e i tribunali di primo e secondo grado istituiti dai Länder.

La incondizionata garanzia di indipendenza di tutti i giudici è rafforzata dalla configurazione costituzionale della giurisdizione tedesca come unica e articolata in ramificazioni pariordinate (artt. 92 e 95 I GG), alcune delle quali – quella ordinaria (civile e penale) e quella amministrativa – hanno una competenza generale⁸, mentre altre hanno una competenza specializzata nei settori – tributario, del lavoro e sociale – espressamente indicati dall'art. 95 I GG, ma suscettibili di ampliamento con legge federale, secondo quanto stabilito dall'art. 96 GG.

⁶ Cfr. W. Höfling, *Das Verbot prozessualer Willkür. Zum dogmatischen Gehalt einer bundesverfassungsgerichtlichen Argumentationsfigur*, in JZ, 1991, p. 955 ss. Per una comparazione tra le differenti posizioni assunte nel tempo dalla dottrina italiana e da quella tedesca sulla ammissibilità del carattere multipolare del rapporto amministrativo, si veda M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, 2008, p. 215 ss.

⁷ Cfr. H.J. Papier, *Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken*, in NJW, 2001, p. 1089 ss.

⁸ Qualche dubbio sulla effettiva pari ordinazione tra ramificazione ordinaria e amministrativa può insorgere nel leggere l'ultima parte dell'art. 19 IV GG, che afferma una competenza generale residuale dei tribunali ordinari in assenza di una espressa attribuzione della giurisdizione ad altri tribunali. Le ragioni di tale formulazione sono da ricondurre al fatto che nel momento della emanazione della Legge fondamentale la competenza dei tribunali amministrativi era ancora definita per enumerazione di materie (vedi *infra* § 4). La disposizione, fortemente criticata in passato perché ritenuta una riproposizione della precedente attribuzione ai tribunali ordinari dell'ultima parola nell'affermazione o negazione della (propria) giurisdizione, di fatto è rimasta priva di effetti pratici dal momento che con la VwGO, come si vedrà, la competenza dei giudici amministrativi è stata basata su un sistema a clausola generale.

Sembra evidente che, nel contesto delineato dal *Grundgesetz*, non soltanto non trovano spazio conflitti di giurisdizione né, conseguentemente, organi preposti a dirimerli⁹, ma i giudici amministrativi si inquadrano nell'ordinamento giudiziario senza alcuna connotazione di specialità, al pari dei giudici dei tribunali delle altre ramificazioni in cui si articola la giurisdizione unitaria.

Tutte le garanzie sommariamente esposte e, primariamente, il diritto alla pienezza ed effettività della tutela nei confronti del potere pubblico cui le stesse si connettono, sono correntemente configurate come irrinunciabili espressioni del principio dello stato di diritto, affermato dall'art. 20 GG¹⁰; l'ancoraggio a tale principio comporta che esse siano insopprimibili e incomprimibili, secondo quanto dispone l'art. 79 III GG, che include i principi stabiliti, rispettivamente, dagli artt. 20 e 1 GG¹¹ tra quelli che non possono essere intaccati neanche da una modifica costituzionale.

La giurisprudenza, inoltre, ha spesso agganciato le garanzie in parola ai singoli diritti fondamentali di volta in volta in gioco e, in assenza di uno specifico diritto fondamentale cui riferirsi, le ha ricondotte a quello che ne costituisce il momento di coesione: il diritto alla dignità umana, proclamato solennemente come inviolabile dall'art. 1 GG, che statuisce anche l'obbligo per tutti i poteri pubblici di rispettarlo e tutelarlo¹².

Per quanto qui maggiormente interessa, il Tribunale costituzionale federale ha affermato che il diritto alla dignità umana vieta di condizionare o sminuire la posizione del cittadino di parte attiva nel processo amministrativo, relegandolo a semplice destinatario passivo delle decisioni dei poteri pubblici e che tale divieto tanto più vale quanto più fortemente le attività dei privati dipendano dall'esercizio di una attività da parte dell'amministrazione¹³.

Secondo una opinione diffusa, il dettato costituzionale ha ricevuto una concretizzazione soddisfacente nella legge federale che, per la prima volta, ha organicamente disciplinato la tutela del cittadino davanti ai tribunali amministrativi¹⁴: la *Verwaltungsgerichtsordnung* emanata il 21 gennaio

⁹ Il sistema, in realtà, è congegnato in modo tale da prevenire anche gli eventuali conflitti di competenza tra i diversi rami di giurisdizione. Sul punto si tornerà nel § 5.

¹⁰ Vedi tra molti F. Hufen, cit., p. 549 ss.

¹¹ Sull'art. 1 GG, vedi subito *infra* nel testo e nota successiva.

¹² Si noti che l'ultimo comma dell'art. 1 GG afferma la diretta vigenza dei diritti fondamentali nei confronti di tutti i poteri pubblici e costituisce perciò il fondamento generale del ricorso costituzionale diretto di cui all'art. 93 I 4a GG. Sul vincolo che tale disposizione impone all'amministrazione e ai tribunali amministrativi, vedi F. Hufen, cit., p. 8.

¹³ In tal senso si è pronunciato il Tribunale costituzionale federale in BVerGE, 50, 166, 175

¹⁴ La VwGO disciplina esclusivamente la tutela davanti ai tribunali amministrativi, cui spetta, come si è già rilevato e come si vedrà nel § 4, una competenza

1960, dopo una gestazione durata circa otto anni e, in seguito, più volte modificata. La sua elaborazione è stata avviata a tre anni di distanza dalla emanazione della Legge Fondamentale e la lunga preparazione è stata determinata certamente dallo sforzo del legislatore ordinario di unificare la precedente disciplina, ma è stata anche e soprattutto dettata dall'intento di dare la massima attuazione possibile ai principi costituzionali, che hanno segnato il vero e proprio momento di svolta nella evoluzione del sistema di garanzie di difesa giurisdizionale del cittadino nei confronti dei poteri pubblici¹⁵.

Sul versante degli organi giudicanti, la VwGO ha reso operativo il disegno costituzionale escludendo ogni forma di specialità dei giudici amministrativi e confermandone la piena appartenenza all'ordine giudiziario.

I tribunali amministrativi sono disciplinati nella prima parte della legge, rubricata *Gerichtsverfassung* (§§ 1-53)¹⁶; come per le altre ramificazioni giurisdizionali, se ne prevede (§ 2), una struttura esterna in linea di massima articolata su tre gradi di giudizio: un giudizio di prima istanza assegnato, di regola, ai *Verwaltungsgerichte* (VG), istituiti con leggi dei Länder; un giudizio di appello affidato agli *Oberverwaltungsgerichte* (OVG) – o, in alcuni Länder, ai *Verwaltungsgerichtshöfe* (VGH) –, istituiti uno per ogni Land; un giudizio di ultima istanza affidato ad un tribunale federale, il *Bundesverwaltungsgericht* (BVerwG) – istituito con la legge del 23.9.1952 –,

generale in ordine alle controversie di diritto pubblico tra cittadini e pubblica amministrazione; ai tribunali ordinari spettano, invece, le controversie di diritto privato, che non saranno qui considerate, come non lo saranno quelle di competenza dei tribunali tributari e sociali. Si può peraltro ricordare che sebbene siano stati più volte riproposti, i progetti di unificare la disciplina delle controversie tra cittadini e pubblica amministrazione affidando ai tribunali amministrativi anche quelle attribuite ai tribunali specializzati (tributari e sociali) non hanno avuto esito. Cfr. H.J. Papier, *Die Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsschutzgesetze zur einer Verwaltungsprozeßordnung*, in *DÖV*, 1978, p. 322 ss., P. Badura, *Limiti e alternative della tutela giurisdizionale nelle controversie amministrative*, in *RTDP*, 1984, p. 108 e T. Würtenberger, *Verwaltungsprozeßrecht*, 1998, p. 27.

¹⁵ Sulla evoluzione del sistema di tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione e sulle in parte diverse soluzioni adottate prima della legge federale dai Länder, si vedano T. Würtenberger, cit., p. 16 ss., F. Hufen, *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., p. 25 ss. e ivi più ampi riferimenti dottrinali.

¹⁶ Nella versione vigente, in seguito alle numerose modifiche intervenute dal momento della sua emanazione, la legge si presenta divisa in cinque parti: la prima, cui si accenna nel testo, disciplina l'ordinamento dei tribunali amministrativi; la seconda (*Verfahren*, §§ 54-123) disciplina il *procedimento*: la terza (*Rechtsmittel und Wiederaufnahme des Verfahrens*, §§ 124-153) disciplina i *mezzi di impugnazione* – l'appello (§§ 124-129), la revisione (§§ 132-144) e le forme di impugnazione nei confronti di decisioni diverse dalle sentenze (§§ 146-152) – e la *riassunzione del procedimento* (§ 153); la quarta (*Kosten und Vollstreckung*, §§ 154-172) disciplina le *spese processuali* (§§ 154-166) e l'*esecuzione* (§§ 167-172). La parte quinta (§§ *Schluß- und Übergangsbestimmungen*, §§ 173-195, molti dei quali abrogati), contiene disposizioni finali e transitorie.

il quale, salvo alcune eccezioni¹⁷, si configura – non diversamente dalle altre Corti supreme federali – come giudice di revisione per le sole questioni di diritto e relativamente all'applicazione del diritto federale¹⁸.

La VwGO contiene inoltre alcune disposizioni (§§ 5-13) riguardanti specificamente la struttura interna e la composizione dei tribunali amministrativi mentre rinvia (§ 4), per tutti gli altri profili organizzativi, alle norme contenute nel titolo secondo della legge federale sull'ordinamento giudiziario (*Gerichtsverfassungsgesetz* – GVG), della quale integra la disciplina.

Rimandando alle trattazioni specifiche l'approfondimento dei profili organizzativi¹⁹, sembra utile segnalare, per il tema che qui si tratta, che il tradizionale principio di collegialità degli organi giudicanti, che in passato ha costituito la regola prevalente del processo amministrativo, è stato fortemente ridimensionato nel 1993, con una modifica del § 6 VwGO, che ha stabilito che la decisione delle *controversie che non presentino particolari difficoltà in punto di fatto o di diritto e che non rivestano un significato fondamentale* deve essere di regola assegnata, dagli organi collegiali dei *Verwaltungsgerichte* (*Kammern*), ad un proprio membro come giudice unico²⁰.

La posizione giuridica dei giudici è primariamente definita dal principio di indipendenza e completa separazione dall'amministrazione, affermato dal § 1 VwGO, nonché dalle garanzie volte a salvaguardarne la imparzialità stabilite in una disposizione, il § 54, che apre, invece, la parte seconda della legge, che disciplina il procedimento giurisdizionale²¹.

¹⁷ Si veda, in particolare, il § 50 VwGO, che prevede le ipotesi eccezionali in cui il *Bundesverwaltungsgericht* decide in unica istanza, tra le quali sono comprese le controversie non costituzionali tra *Bund* e *Länder* e tra un *Land* e un altro.

¹⁸ L'art. 95 III GG stabilisce espressamente che allo scopo di garantire la uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale, debba essere costituito presso ciascuna Corte federale un senato congiunto al quale spetta la decisione in caso di contrasti giurisprudenziali tra le corti federali o tra sezioni delle stesse. La revisione delle sentenze che implicano l'applicazione del diritto dei *Länder* è attribuita agli OVG a senato congiunto, ma è possibile per i *Länder* devolvere tale compito alle Corti federali.

¹⁹ Vedi F. Hufen, cit., p. 54 ss. e ivi ulteriori riferimenti.

²⁰ Fino al 1993, il principio di collegialità costituiva, invece, la regola e l'assegnazione della controversia ad un giudice unico l'eccezione. La inversione di approccio ha dichiaratamente perseguito l'intento di sgravare l'organo collegiale dalle decisioni di routine, analogamente a quanto si era già verificato con la introduzione del giudice unico nel processo civile (§ 348 ZPO); per il processo amministrativo, tuttavia, tale innovazione non ha incontrato il favore nella dottrina, che si è mostrata scettica sulla possibilità di individuare controversie amministrative di scarsa difficoltà e sulla effettiva realizzazione dell'obiettivo del decongestionamento degli organi giudicanti collegiali: cfr. F. Hufen, cit., p. 54 e 569, T. Württenberger, cit., p. 33 e, ivi, nt. 131.

²¹ Vedi subito *infra* nel testo e quanto si dirà nel paragrafo successivo

Il reclutamento e lo stato giuridico dei giudici amministrativi non si differenzia da quello dei giudici degli altri tribunali, essendo disciplinato organicamente da una legge federale, il *Deutsches Richtergesetz* (DRiG)²².

Sul versante delle garanzie procedimentali, la VwGO, percependo la intima connessione del diritto di audizione con il diritto alla pienezza ed effettività della tutela, non ne ha risolto il contenuto nella previsione di adempimenti puramente formali da parte dell'organo giudicante. Alcune disposizioni, infatti, impongono obblighi tendenti primariamente ad evitare l'*effetto sorpresa* e ad assicurare una idonea e rapida acquisizione delle informazioni relative al processo, come condizione imprescindibile per l'esercizio del diritto di difesa: il giudice deve consentire alle parti di prendere visione degli atti processuali (§ 100 VwGO)²³, ma ha anche più specifici obblighi di informarle adeguatamente sullo stato del procedimento in corso, di metterle a conoscenza dell'esistenza di prove e dei relativi risultati (§ 97 VwGO), nonché delle posizioni eventualmente assunte dalla (e) altra (e) parte (i); ha inoltre l'obbligo di convocarle tempestivamente una volta stabilita la data del dibattimento orale (§ 102 I VwGO).

Altre norme sanciscono le ulteriori (e logicamente successive) garanzie per le parti processuali di esprimersi davanti al giudice sulle questioni di fatto e di diritto oggetto della controversia (§§ 103 II e 104 I)²⁴ e di far-

²² Cfr. F. Hufen, cit., p. 49 ss., T. Würtenberger, cit., p. 43 ss., W. Brohm, *Stellung und Funktion des Verwaltungsrichters*, in *Die Verwaltung*, 1991, p. 148 ss. I giudici dei tribunali amministrativi sono per la maggior parte giudici di carriera nominati a vita (§ 15 I VwGO); quelli del BVerwG devono aver compiuto il cinquantesimo anno di età (§ 15 III VwGO). Presso i tribunali di primo e secondo grado possono essere nominati a vita anche giudici di altri tribunali nonché professori universitari di diritto, per un periodo che va da un minimo di due anni fino alla conclusione della occupazione principale (§ 16 VwGO); questa seconda previsione è stata determinata dallo scopo di favorire l'interscambio di conoscenze teoriche e pratiche e poter trasmettere anche le seconde agli studenti (in tal senso F. Hufen, cit., p. 58). Solo presso i VG possono essere nominati anche giudici in prova e giudici incaricati (§ 17): i primo sono di solito giovani all'inizio della carriera, che, dopo il periodo di prova possono, a scelta, diventare giudici a vita o avvocati (§ 12 DRiG), ma per il primo anno di nomina non possono assumere l'ufficio di giudice unico (§ 6 I n. 2 VwGO); i giudici incaricati, invece, sono già funzionari a vita o a tempo determinato e possono in seguito diventare giudici a vita (14 DRiG). Presso i VG – e se previsto da leggi dei Länder anche presso gli OVG – i collegi giudicanti sono integrati da giudici laici, equiparati ai giudici di carriera quanto alla posizione che assumono nel dibattimento orale e nella fase che lo precede (§ 19 VwGO); sono nominati su base elettiva per 5 anni tra persone estranee al potere politico e alla amministrazione secondo quanto previsto dai §§ 19-34 VwGO.

²³ Sulla portata e i limiti dell'accesso agli atti processuali, si rinvia a F. Hufen, cit., p. 575.

²⁴ Ciò avviene, di regola, come si vedrà (§3), nel corso del dibattimento orale, ma regole analoghe valgono anche nella fase che precede il dibattimento e se questo non abbia luogo (come, ad esempio, nei procedimenti di tutela cautelare) rimane salvo il diritto di presentare memorie scritte esprimendo deduzioni e controdeduzioni.

lo in modo efficace rispetto alla decisione del tribunale, ovvero in modo che la loro presa di posizione trovi ingresso nella motivazione della sentenza (§ 108 VwGO)²⁵.

A quest'ultimo scopo la VwGO si è preoccupata di garantire la effettiva uguaglianza delle parti processuali e la neutralità e imparzialità del procedimento giurisdizionale imponendo al giudice obblighi volti a compensare la diversa capacità di difesa delle parti medesime e le diversamente distribuite capacità argomentative davanti al tribunale, derivanti anche da *deficit* informativo. Ha significativamente collocato in apertura della parte che disciplina il procedimento giurisdizionale la norma che presidia la terzietà e imparzialità del giudice (§ 54)²⁶ e, più in particolare, ha stabilito (§ 86 III) che il giudice, in funzione della garanzia dell'uguaglianza procedimentale, debba dare impulso alla rimozione di vizi formali, segnalare la eventuale insufficienza delle allegazioni dei fatti o la scarsa chiarezza delle istanze presentate, suggerendo quelle che possono essere più utili per la definizione della lite²⁷.

I principi costituzionali e i diritti fondamentali hanno dunque guidato il legislatore ordinario nella formulazione iniziale e nelle successive modifiche della VwGO. Tuttavia, la effettiva concretizzazione del diritto fondamentale ad una tutela piena ed effettiva nelle sue implicazioni sostanziali e procedimentali è stata assicurata, secondo le valutazioni di buona parte della dottrina, dai tribunali amministrativi, che hanno fatto un uso apprezzabile dei poteri ad essi attribuiti e, in assenza di specifiche indicazioni legislative, hanno utilizzato le norme costituzionali come parametri sussidiari per il controllo sull'operato dell'amministrazione²⁸.

²⁵ Il § 108 II VwGO stabilisce che la sentenza può essere fondata solo su fatti e prove sui quali le parti abbiano potuto esprimersi. Per l'affermazione che il diritto di audizione può considerarsi effettivamente garantito solo in quanto la posizione espressa dalle parti emerga dalla sentenza, si veda BVerfGE, 28, 374, 384 e BVerfG, in NJW, 1991, p. 1283. Per ulteriori indicazioni sul contenuto, i limiti e le conseguenze della violazione del diritto di audizione, vedi F. Hufen, cit., p. 549 ss., il quale segnala che tale diritto è stato ulteriormente riempito di contenuti dalla giurisprudenza, che lo ha utilizzato anche per scoraggiare scorrettezze procedimentali prive di una specifica disciplina.

²⁶ Il § 54 per lo più estende ai giudici amministrativi la disciplina della ZPO sulle cause di incompatibilità dell'ufficio di giudice, sull'obbligo di astensione e sulla ricusazione.

²⁷ F. Hufen, cit., p. 555 sottolinea che l'importanza del momento compensativo è desumibile anche dalla estensione al processo amministrativo (§ 166 VwGO) del gratuito patrocinio disciplinato dalla ZPO.

²⁸ Per un bilancio dei primi venticinque anni di giurisprudenza del BVerwG si veda K. Finkelnburg, *Das Gebot der Effektivität des Rechtsschutzes in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts*, in *Festgabe für das Bundesverwaltungsgericht*, 1978, p. 169 ss.; critico sulla prassi giurisprudenziale di applicazione diretta del dettato costituzionale P. Badura, *Limiti e alternative della tutela giurisdizionale nelle controversie amministrative*, cit., p. 117.

Sembra essersi determinato in tal modo un circuito di reciproca influenza tra (evoluzione del) diritto costituzionale e (del) diritto amministrativo sostanziale, dal quale sono derivati costanti e rinnovati impulsi per gli istituti e gli strumenti processuali, con conseguenti ricadute positive sulla ampiezza e l'efficacia della tutela offerta al cittadino²⁹.

3. I principi generali che informano la disciplina unitaria del processo amministrativo

La parte seconda della VwGO, rubricata *Verfahren*, prevede una disciplina unitaria, ancorché essenziale, del processo amministrativo, in parte ispirata al modello del processo civile³⁰. Oltre ai numerosi rimandi specifici alle regole procedurali della ZPO³¹, contiene infatti, nella prima delle disposizioni finali e transitorie (§ 173), un rinvio generale e residuale alla disciplina processuale civilistica e alla legge sull'ordinamento giudiziario, per quanto non specificamente previsto dalla VwGO e nella misura in cui l'applicazione delle norme di procedura civile non sia esclusa da diversità fondamentali tra i due tipi di procedimento giurisdizionale.

Alcune di tali diversità sono segnate da disposizioni specifiche e, in particolare, come si vedrà di seguito, da quelle (§§ 68-80b e 123 VwGO) riguardanti alcune azioni che chiamano in causa un atto amministrativo.

La stessa VwGO, inoltre, informa il processo amministrativo a principi generali solo in parte comuni al processo civile, i quali, pur non essendo espressamente contemplati dal testo costituzionale, vengono dallo stesso indirettamente derivati, in quanto considerati anch'essi espressione delle garanzie procedurali sopra descritte e, comunque, strumentali alla garanzia di effettività e pienezza sancita dall'art. 19 IV GG³².

Nel processo amministrativo, come in quello civile, vale il principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato: il tribunale si attiva solo su domanda di parte (§§ 42 I, 80 V e 123 VwGO) e non può decidere al di là dei limiti della domanda medesima o pronunciarsi su questioni che non gli sono state sottoposte (§ 88).

²⁹ In tal senso F. Hufen, cit., p. 4.

³⁰ Si veda a tal proposito lo scritto di C.H. Ule, *Zum Verhältnis von Zivilprozess und Verwaltungsprozess*, in *DVB1*, 1954, p. 137 ss., pubblicato nel periodo in cui era stata appena avviata la elaborazione della VwGO.

³¹ Nei §§ 54-67a sono contenuti rinvii specifici per quanto riguarda i termini e le conseguenze della loro inosservanza, le forme di comunicazione e notificazione degli atti processuali – anche in forma elettronica –, l'astensione, ricasazione e le cause di incompatibilità del giudice, la capacità e la rappresentanza processuale, l'intervento volontario e per ordine del giudice e il litisconsorzio. Ulteriori rinvii alla ZPO si trovano anche nei §§ 154-166, relativamente alle spese processuali e nei §§ 167-172 per quanto attiene alla esecuzione delle sentenze.

³² Cfr. F. Hufen, cit. p. 557 ss.

Le parti dunque determinano l'oggetto della controversia e dispongono dell'inizio e della fine della lite. L'attore può modificare la domanda, se le altre parti sono d'accordo o il tribunale ritenga che la modifica sia utile (§ 91 I VwGO)³³; può anche rinunciare all'azione, ma se lo fa dopo la presentazione delle istanze nel dibattimento orale deve preventivamente acquisire il consenso dell'amministrazione convenuta (§ 92 VwGO)³⁴.

Viene considerata espressione del potere dispositivo anche la possibilità, prevista dal § 106 VwGO, di chiudere la lite, in tutto o in parte, con una transazione giudiziale. Tale soluzione è possibile in qualsiasi fase del processo e fino al passaggio in giudicato della sentenza, purché le parti possano disporre dell'oggetto della transazione medesima e siano rispettati i più generali limiti stabiliti dai §§ 58 e 59 VwVfG per i *contratti di diritto pubblico*³⁵. La proposta di transazione può essere fatta anche dal giudice con decreto³⁶ e alla stessa le parti possono aderire apportandovi eventuali modificazioni.

Nel processo amministrativo, tuttavia, come si ricava dallo stesso § 88 VwGO, il principio dispositivo vale solo con riferimento alla domanda e non si spinge fino al punto da affermare che il tribunale debba occuparsi solo di ciò che è prospettato dalle parti e sia vincolato alla formulazione delle istanze dalle stesse presentate. Nei limiti del principio della domanda, lo svolgimento del processo amministrativo è determinato dall'impulso del giudice e governato dal principio inquisitorio, analogamente a quanto si verifica per i processi penale, tributario e sociale e solo per alcuni limitati ambiti del processo civile, dove prevale, invece, il principio dispositivo.

Il distacco del processo amministrativo tedesco dal brocardo *da mihi facta dabo tibi ius* solo in parte può essere spiegato con il più tradizionale argomento posto a sostegno del principio inquisitorio: il particolare interesse pubblico connesso alla decisione di alcune controversie, che, sul presupposto che esista un contenuto oggettivo dei fatti da accertare, richiederebbe che tale contenuto sia indagato d'ufficio dal giudice, indi-

³³ Il consenso dell'amministrazione convenuta si presume se questa non abbia formulato eccezioni in memorie scritte o nel corso del dibattimento orale. La decisione del tribunale che accoglie o respinge la modifica non è autonomamente impugnabile (§ 91 II e III).

³⁴ Lo stesso § 92 I stabilisce che il consenso si presume se l'amministrazione non contesti la rinuncia dell'attore entro due settimane dalla sua presentazione e che il tribunale debba espressamente richiamare l'attenzione del convenuto su tale conseguenza. Nei casi di regolare rinuncia all'azione, il tribunale emana un decreto di archiviazione inoppugnabile (§ 92 III).

³⁵ Sulla disciplina generale dei contratti di diritto pubblico, contenuta nella legge federale sul procedimento amministrativo, si veda H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2006, p. 359 ss. e ivi ulteriori indicazioni per approfondimenti.

³⁶ La proposta del giudice è obbligatoria se la transazione coinvolge interessi di controinteressati dei quali deve essere acquisito il consenso. Per ulteriori indicazioni sul contenuto, i limiti e gli effetti della transazione giudiziale, cfr. W.R. Schenke, *Verwaltungsprozessrecht*, 2004, p. 502 ss. e F. Hufen, cit., p. 595 ss.

pendentemente dalle prove fornite dalle parti ed entro ambiti variabili in relazione all'oggetto della lite. Anche il principio in parola è strettamente collegato in Germania al diritto di audizione e al principio di uguaglianza processuale; pertanto il suo significato preminente viene rinvenuto, più che nella ricerca di un ipoteticamente oggettivo contenuto dei fatti, nella pienezza e, soprattutto, nella neutralità del loro accertamento da parte del giudice, il quale deve finalizzare tale compito all'adempimento del più ampio dovere di compensare la disuguaglianza tra le parti processuali, cui si è già accennato; questo comporta, non da ultimo, che il giudice induca l'amministrazione a colmare le lacune nella delucidazione dei fatti e, soprattutto, quelle necessarie a far sì che la controversia divenga *spruchreif* (matura per il verdetto)³⁷.

Il principio inquisitorio è efficacemente sintetizzato dal § 86 I VwGO, laddove dispone che il tribunale indaga i fatti d'ufficio e non è vincolato alle allegazioni e alle istanze di assunzione di prove presentate delle parti; tuttavia la stessa norma ne esprime un'attenuazione nel prevedere che le parti medesime debbano essere previamente consultate dal giudice e ciò nell'evidente intento di proteggerle dall'*effetto sorpresa* e di acquisirne la collaborazione per le prove di cui le stesse dispongano o di cui siano comunque a conoscenza³⁸.

Aderendo ai principi appena esposti, il processo amministrativo di cognizione di prima istanza³⁹ si apre con la proposizione dell'azione (§ 81), che determina la pendenza della lite davanti al *Verwaltungsgericht*⁴⁰ e avvia la fase preparatoria del dibattimento orale.

Questa fase, salve restando le ipotesi in cui la controversia sia assegnata dal collegio ad un giudice unico, secondo quanto previsto dal già ricordato § 6 VwGO, è condotta dal presidente del collegio o, come più spesso avviene, dal giudice relatore⁴¹, che ne è il vero e proprio motore. Fin da questo momento, infatti, dominano i poteri di impulso del giudice, che è responsabile della preparazione del dibattimento e deve espletarla nel modo più concentrato e rapido possibile: può chiedere all'attore di integrare la domanda incompleta entro un determinato termine (§ 82 II); dispone la notifica dell'azione al convenuto e lo invita ad esprimersi per iscritto (§ 85); chiede alle parti di presentare memorie, allegando gli eventuali mezzi di prova, nonché di inoltrare le memorie medesime alle altre parti pro-

³⁷ Per tale ricostruzione del significato del principio inquisitorio si veda F. Hufen, cit., p. 557 ss.

³⁸ Sul rapporto tra principio inquisitorio e collaborazione delle parti processuali, vedi K. Redeker, *Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkung der Beteiligten im Verwaltungsprozeß*, in *DVB*, 1981, p. 83 ss.

³⁹ Il processo di primo grado è disciplinato dai §§ 81-106 VwGO.

⁴⁰ Non è necessaria, come nel giudizio civile, anche la notifica dell'azione al convenuto.

⁴¹ Il giudice relatore può essere scelto solo tra i giudici togati, non tra quelli laici, sulla base di quanto stabilito dal § 21g GVG.

cessuali (§ 86 IV); segnala gli eventuali vizi formali o le allegazioni poco chiare o incomplete e può richiedere che vengano rilasciate dichiarazioni essenziali per l'accertamento e la valutazione dei fatti (§ 86 III).

Il § 87 I impone al giudice (presidente, relatore o unico) il più generale obbligo di adottare, prima del dibattimento, tutti i provvedimenti preparatori necessari a risolvere la controversia possibilmente in un'unica udienza dibattimentale (ordinare la comparizione delle parti, di testimoni e periti, l'invio di atti e documenti anche attraverso mezzi elettronici ecc.)⁴². Il § 87 I costituisce una delle norme di accelerazione processuale da cui è stata integrata la VwGO anche allo scopo di prevenire possibili e difficilmente sanzionabili violazioni del principio di concentrazione del processo amministrativo. Nella stessa direzione si muovono, rispettivamente, il § 92 II, che equipara alla rinuncia all'azione l'inerzia superiore a tre mesi serbata dall'attore, nonostante le sollecitazioni e le avvertenze del giudice e il § 87b III, che consente al tribunale di rigettare le allegazioni presentate oltre il termine indicato dal presidente o dal giudice relatore, se la loro assunzione ritarderebbe la soluzione della lite e la parte, preavvertita delle conseguenze del mancato rispetto del termine, non dia giustificazioni sufficienti del ritardo.

Conclusa la fase preparatoria, il giudice assume i provvedimenti immediatamente precedenti l'apertura del dibattimento; in particolare, convoca le parti, nel giorno, ora e luogo stabiliti per la discussione dibattimentale; il luogo può anche essere diverso dalla sede del tribunale, se ad esempio siano necessari sopralluoghi o ispezioni, come nei processi in materia edilizia.

Data e luogo del dibattimento devono essere resi pubblici. Il §55 VwGO, infatti, dispone espressamente la pubblicità del processo davanti ai *Verwaltungsgerichte*; il principio di pubblicità, che, come è noto, è espressamente affermato anche dall'art. 6 della CEDU, non è invece menzionato dal *Grundgesetz*; ciò nonostante è considerato come il più tradizionale principio del processo – oltre che del procedimento – amministrativo, avendo rappresentato storicamente il vessillo della lunga battaglia contro la prassi di segretezza dei giudizi amministrativi, per rispondere alla fondamentale esigenza di controllo, da parte dei cittadini, della indipendenza dei tribunali e del modo in cui viene erogata la giustizia nei confronti dell'amministrazione. Per tutta la sua durata, pertanto, il dibattimento è aperto a chiunque vi voglia assistere, mentre nella fase preparatoria il principio di pubblicità vale solo per le parti⁴³.

Una volta aperto il dibattimento, il presidente (o il giudice monocratico), dopo aver esposto i fatti e i risultati delle prove e sintetizzato le

⁴² Si noti che in questa fase possono essere assunte decisioni nella forma del decreto, come, ad esempio, quelle relative all'intervento di terzi ex § 65 I o al gratuito patrocinio ex § 166 VwGO.

⁴³ Per ulteriori indicazioni sui limiti e sulle conseguenze della violazione del principio di pubblicità si veda F. Hufen, cit., p. 564 ss.

questioni giuridiche relative alla controversia, cede la parola alle parti affinché queste presentino e motivino le loro istanze (§ 103)⁴⁴. Inizia poi la discussione su tutte le questioni di fatto e di diritto controverse; ad essa, oltre alle parti devono partecipare attivamente tutti i membri del collegio, ai quali il presidente chiede singolarmente di porre domande (§ 104 I e II)⁴⁵. Dopo la discussione viene dichiarato chiuso il dibattimento (104 III)⁴⁶, il tribunale si ritira in camera di consiglio e delibera mettendo ai voti la decisione⁴⁷.

Il dibattimento orale costituisce il momento centrale del processo amministrativo, che si fonda sui principi di oralità e immediatezza, ritenuti garanzia primaria sia del diritto di essere ascoltati dal giudice che del principio di uguaglianza processuale.

In passato si è dubitato della esistenza di una pretesa del cittadino alla trattazione orale, ma oggi tali dubbi sono stati superati alla luce dell'art. 6 CEDU e del § 101 I VwGO, che stabilisce espressamente che il tribunale debba decidere sulla base del dibattimento, nel quale la questione controversa deve essere discussa sia in punto di fatto che di diritto. Si ritiene perciò che le ipotesi in cui la decisione giudiziale può essere assunta senza che abbia luogo la trattazione orale siano da considerare eccezioni e debbano essere espressamente previste. La più importante tra queste è quella, contemplata dal secondo comma dello stesso § 101, che ammette che ciò avvenga con il consenso di tutte le parti processuali e dei soggetti che sono intervenuti; tale consenso deve essere espresso in modo chiaro e non è revocabile, salvo poche e rigorose eccezioni derivanti dall'eventuale mutamento della situazione processuale⁴⁸.

⁴⁴ Anche nel corso del dibattimento sul giudice gravano gli obblighi di assistenza e compensazione di cui al § 86 III.

⁴⁵ Il § 105 VwGO dispone che della udienza dibattimentale debba essere redatto verbale nelle forme previste e regolate dai §§ 159-165 ZPO.

⁴⁶ Lo stesso § 104 III VwGO prevede che il tribunale possa deliberare la riapertura del dibattimento; sembra pacifico tuttavia che questo possa verificarsi fino al deposito della sentenza, su richiesta delle parti o d'ufficio, ma solo se si venga a conoscenza di aspetti non discussi e rilevanti per la decisione del tribunale.

⁴⁷ La segretezza di tale fase è stabilita dal § 193 GVG.

⁴⁸ Il § 84 consente al tribunale di decidere senza trattazione orale, con ordinanza collegiale (*Gerichtsbescheid*), le controversie che non presentino particolari difficoltà in punto di fatto o di diritto, a condizione che la questione sia stata interamente istruita e che le parti siano state previamente consultate, salva restando, peraltro, la possibilità per una o più di esse di richiedere che abbia luogo la trattazione orale. Tra le altre eccezioni al principio dell'oralità, piuttosto controverse sono quelle che riguardano la tutela cautelare e la *Normenkontrolle* (vedi *infra* § 9); invece, la previsione del § 144 VwGO che sia assunta con decreto, senza dibattimento, la decisione che respinge l'istanza di revisione, non desta preoccupazioni per la stretta relazione esistente tra dibattimento orale e accertamento e valutazione dei fatti, che non possono costituire oggetto di nuove allegazioni nel giudizio di revisione. Alle stesse conclusioni si perviene con riferimento alla istanza che respinge la richiesta

Al principio di oralità è strettamente collegato quello di immediatezza: la sentenza può essere adottata solo dai giudici (togati e laici) che hanno effettivamente preso parte al dibattimento orale (§ 112) e deve essere sostenuta solo da fatti e prove sui quali le parti abbiano potuto esprimersi nella discussione dibattimentale (§ 108 II). Pertanto, salvo restando il principio che il tribunale decide secondo il libero convincimento formatosi nel corso del procedimento e secondo la libera valutazione delle prove (§ 108 I), la decisione non potrà essere motivata da risultati probatori che non siano emersi e non siano stati discussi durante la trattazione orale. Oralità e immediatezza, infatti, valgono anche per le prove: queste, secondo quanto dispone il § 96, devono essere assunte dal tribunale durante il dibattimento, con la eccezione delle ipotesi in cui è indispensabile che ciò avvenga nella fase preparatoria. Benché il § 96 si limiti ad indicarne alcuni (ispezioni, documenti, testimonianze, perizie, interrogatorio delle parti), si ritiene che nel processo amministrativo siano esperibili tutti i mezzi di prova previsti dalla ZPO⁴⁹.

Qualche differenza presenta invece la regola generale, in base alla quale l'onere della prova deve essere sopportato dalla parte che allega un determinato fatto a suo vantaggio. Nelle azioni che chiamano in causa un atto amministrativo, infatti, è l'amministrazione convenuta a dover dimostrare l'esistenza dei presupposti giuridici e di fatto posti a fondamento di un atto amministrativo che interviene sfavorevolmente sulla sfera giuridica individuale o che nega un vantaggio previsto dalla legge⁵⁰.

Nelle altre azioni, la distribuzione dell'onere della prova e la stessa portata del principio inquisitorio sono ispirati a (e limitati da) criteri di ragionevolezza e proporzionalità: l'attore deve riferire fatti veritieri e provarli con mezzi di prova che sono nella sua sfera di disponibilità, mentre non ha l'onere di provare fatti evidenti, inutili, irraggiungibili o che configurino un abuso della richiesta di prova; il tribunale deve adoperarsi affinché l'amministrazione convenuta renda pubblici e provi quegli aspetti dei fatti che ricadono nel suo ambito di conoscenze ed esperienze, adempiendo agli obblighi di esibizione di atti, documenti e informazioni ad essa imposti dal § 99 I⁵¹.

Se non è diversamente stabilito⁵², la decisione del tribunale è assunta con sentenza (§107) pronunciata di regola nello stesso giorno in cui si

di appello quando in secondo grado siano da decidere questioni esclusivamente o almeno essenzialmente giuridiche: in tal senso F. Hufen, cit., p. 562.

⁴⁹ Secondo il Tribunale amministrativo federale, il giuramento può essere ammesso nel processo amministrativo a discrezione del tribunale (BVerwG, in *NJW*, 1998, p. 3369).

⁵⁰ Vedi, *ex multis*, F. Hufen, cit., p. 593

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Le sentenze e le altre forme di decisione che possono essere adottate dai tribunali amministrativi sono previste e disciplinate dai §§ 107-122 VwGO.

conclude il dibattimento o, in casi particolari, in una udienza successiva, la cui data deve essere immediatamente resa nota e non può superare le due settimane ex (§ 116 I)⁵³.

4. *Il principio di atipicità del diritto di azione. Le ragioni della esclusione di un numero chiuso di azioni esperibili nel processo amministrativo*

Da quanto si è appena visto si può dedurre che il processo davanti ai tribunali amministrativi tedeschi è caratterizzato da una disciplina uniforme, basata su principi costituzionali comuni a tutti i procedimenti giurisdizionali e in parte modellata sul processo civile, tuttavia con una accentuazione dei poteri di impulso del giudice, volti ad assicurare primariamente la effettiva uguaglianza delle parti processuali.

Il referente di tale disciplina e, in definitiva, l'oggetto stesso del processo non è costituito dall'atto amministrativo, bensì dalle *controversie di diritto pubblico di tipo non costituzionale, che non sono espressamente affidate ad un altro tribunale da una legge federale o di un singolo Land*. Questo è quanto dispone la clausola generale di definizione della competenza giurisdizionale dei tribunali amministrativi, contenuta nel § 40 I VwGO, la quale è speculare a quella espressa dal § 13 GVG, che attribuisce alla via giurisdizionale ordinaria tutte le controversie di diritto civile e penale non espressamente attribuite ad un altro tribunale⁵⁴.

Salve restando le competenze dei tribunali specializzati nelle controversie tributarie e sociali⁵⁵ e in assenza di disposizioni legislative che derogano alle clausole di distribuzione delle liti tra tribunali ordinari e tribunali amministrativi, alterando, per specifiche controversie, l'assetto delle rispettive competenze generali⁵⁶, il cittadino si rivolgerà ai giudici

⁵³ Le sentenze vengono distinte in definitive e non definitive e sono in linea di massima inquadrate nella tripartizione tradizionale delle sentenze dichiarative, costitutive e di condanna. Sul punto e sui tipi di sentenze più difficilmente collocabili in tale tripartizione, si rinvia a F. Hufen, cit., p. 599 ss.

⁵⁴ Con la legge 17.12.2008 (entrata in vigore il 1° settembre 2009), il § 13 GVG è stato integrato dalla previsione dell'attribuzione ai tribunali ordinari civili anche delle controversie in materia di divorzio e di volontaria giurisdizione.

⁵⁵ La competenza in materia di controversie tributarie è attribuita ai Finanzgerichte dal § 32 FGO. Un progressivo incremento ha subito col tempo la competenza attribuita dal § 51 SGG ai Sozialgerichte, che decidono tutte le controversie in materia di previdenza e assistenza sociale, di prestazioni sanitarie, nonché quelle concernenti i c.d. *Leistungserbringer* (medici, farmacisti, ecc.).

⁵⁶ Per le controversie concernenti, rispettivamente, la determinazione dell'indennità di espropriazione e la responsabilità dell'amministrazione, tale alterazione deriva direttamente dalla Costituzione, che le attribuisce ai giudici ordinari (artt. 14 III e 34 GG). Più in generale e salvo alcune eccezioni, il § 40 II VwGO assegna ai giudici ordinari le liti concernenti pretese patrimoniali di tipo risarcitorio o indennizzatorio in vario modo legate al complesso sistema tedesco della responsabilità

amministrativi o a quelli civili a seconda che l'amministrazione abbia agito nelle forme e secondo le regole del diritto pubblico o di quello privato⁵⁷.

La dottrina giuridica è pressoché concorde nel ritenere che la clausola generale del § 40 I VwGO abbia contribuito in modo decisivo ad attuare il diritto costituzionalmente garantito ad una tutela piena ed effettiva⁵⁸, avendo segnato il definitivo abbandono del c.d. *Enumerationsprinzip*, utilizzato come criterio di attribuzione delle liti ai tribunali amministrativi prima della emanazione del *Grundgesetz*. Sebbene in Germania la costruzione del sistema di tutela nei confronti dell'amministrazione si sia sottratta con notevole anticipo alla influenza esercitata su altri ordinamenti dal modello francese⁵⁹, l'*Enumerationsprinzip* ha costituito per lungo tempo un presidio dello schema impugnatorio del processo amministrativo. In base a tale criterio, infatti, l'accesso alla tutela era limitato ad ipotesi enumerate, il cui tratto comune era costituito dal presupposto – determinante,

dello Stato; sia consentito rinviare in proposito a M. Carrà, *L'esercizio illecito della funzione pubblica. Fondamento, presupposti e regime*, 2005.

⁵⁷ Non potendo qui entrare nel merito dei criteri – peraltro non pacifici né certi – della sempre più difficile distinzione tra attività di diritto pubblico e attività di diritto privato, ci si limita a rinviare a F. Hufen, cit., p. 156 ss. e H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 47 ss. e ivi ampie indicazioni sui parametri elaborati dalla dottrina e sulle soluzioni adottate dalla giurisprudenza nei casi più incerti.

⁵⁸ Sul significato innovativo della clausola generale del § 40 I VwGO e sulla progressiva riduzione delle aree sottratte al sindacato giurisdizionale, si veda T. Würtenberger, cit., p. 6 ss.; F. Hufen, cit., p. 152 ss.; H. Maurer, cit., p. 213.

⁵⁹ Anche in Germania fino alla metà dell'800 non esisteva una giurisdizione amministrativa separata da quella ordinaria. Delle controversie tra soggetti pubblici e privati decidevano organi della stessa amministrazione (c.d. *Administrativjustiz*), nonché i giudici ordinari, con una competenza residuale piuttosto ampia, nell'ambito dello *ius fiscali*, nel quale si collocava anche l'esteso sistema di indennizzi su cui sarebbe stato creato in seguito uno dei tronchi (quello di natura pubblicistica) della responsabilità dell'amministrazione (cfr. M. Carrà, cit.). Tuttavia solo alcuni Stati geograficamente più vicini alla Francia (la Baviera e il Württemberg) hanno ceduto, in un primo momento, alla tentazione di seguire il modello del Consiglio di Stato francese istituendo, rispettivamente, uno *Staatsrat* e un *Geheimes Rat*, peraltro soppressi nella seconda metà dell'800. Del resto, nel 1849, il § 182 della prima Costituzione liberale (*Paulskircheverfassung*), aveva decretato la fine del modello giustiziale interno all'amministrazione e affermato il principio, da cui si sarebbe partiti per costruire il sistema di protezione giurisdizionale del cittadino, della garanzia di tutela per ogni violazione di un diritto, offerta da giudici soggettivamente e oggettivamente indipendenti. Si noti che una parte della dottrina liberale si pronunciava in quegli anni per l'attribuzione ai giudici ordinari anche della tutela nei confronti dell'amministrazione: cfr., in particolare, O. Bähr, *Der Rechtsstaat*, 1864, p. 71, dove l'A. motiva tale soluzione anche con l'argomento della impossibilità di arrivare ad una definizione pienamente certa della sfera di competenza tra giudici ordinari e amministrativi, sulla base della distinzione (oggi accolta) tra diritto pubblico e diritto privato. Per approfondimenti sulla nascita e sulla evoluzione del sistema di tutela tedesco, si veda W. Rüfner, *Verwaltungsrechtsschutz im 19. Jahrhundert vor Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in *DÖV*, 1963, p. 719 ss., F. Hufen, cit., p. 25 ss. e T. Würtenberger, cit., p. 16 ss.

in realtà, lo stesso accesso alla tutela – che l'attività dell'amministrazione avesse come esito la emanazione di atti amministrativi prevalentemente, se non esclusivamente, limitativi della sfera individuale; la decisione delle relative controversie era assegnata a giudici che, benché già separati dall'amministrazione⁶⁰, il criterio enumerativo contribuiva a mantenere *in odore di specialità*⁶¹.

Già prima della emanazione della Legge Fondamentale, una parte della dottrina aveva caldeggiato il superamento di tale prospettiva, mossa dall'intento di caratterizzare la giurisdizione amministrativa come volta ad assicurare una tutela soggettiva dei rapporti tra privati e amministrazione, modellata su quella offerta dal processo civile e non unicamente orientata ad un controllo oggettivo sulla legalità dell'esercizio del potere esecutivo, nella veste di potere che attua la legge mediante atti amministrativi⁶².

⁶⁰ Dopo la emanazione della Costituzione liberale del 1849, che, come si è visto nella nota precedente, conteneva già il principio della indipendenza dei giudici amministrativi, alcuni Länder cominciano a costruire, in modo frammentario, le prime forme di giurisdizione amministrativa: nel 1863 il Baden, nel 1872 la Prussia, nel 1875 l'Assia, nel 1876 il Württemberg e nel 1879 la Baviera, istituiscono tribunali di seconda istanza (*Oberverwaltungsgerichte* e *Verwaltungsgerichtshöfe*) completamente separati dall'amministrazione. Nel primo più articolato sistema di tutela, di impronta prevalentemente impugnatoria, costruito in Prussia tra il 1872 e il 1875 e mantenuto fino al 1933, erano già previsti tre gradi di impugnazione. I collegi giudicanti di primo grado, in parte composti da persone ancora legate all'amministrazione, erano integrati da giudici laici ad essa estranei eletti dai proprietari, per assicurare la imparzialità del giudizio. L'ultimo grado di giudizio era affidato al Tribunale amministrativo supremo prussiano, avente esclusivamente funzioni giurisdizionali e formato per metà da ex giudici civili e per metà da ex funzionari dell'amministrazione; fino al 1945 esso ha elaborato i principi fondamentali del diritto amministrativo tedesco. In Prussia uno dei più decisi sostenitori della indipendenza dei giudici amministrativi fu Rudolf von Gneist (*Rechtsstaat*, 1872, p. 171 ss.). Nel 1919 la Costituzione di Weimar aveva previsto la istituzione di tribunali amministrativi indipendenti nel Reich e nei Länder, demandandone alla legge la costituzione (art. 107), ma aveva lasciato ai tribunali ordinari la competenza sulle controversie relative alle pretese patrimoniali degli impiegati pubblici (art. 129), alla indennità di espropriazione (art. 153) e alla responsabilità dello Stato (art. 131).

⁶¹ Prima dell'emanazione della Costituzione di Bonn solo alcuni Länder (Turingia, Württemberg e città anseatiche) avevano definito la competenza dei tribunali amministrativi sulla base di clausole generali, mentre in tutti gli altri prevaleva il sistema della elencazione, in leggi speciali, delle materie attribuite a tali tribunali (cfr. F. Hufen, cit. p. 32); è tuttavia piuttosto diffusa la convinzione che, data l'ampiezza delle materie enumerate, tale sistema abbia garantito un sindacato giurisdizionale piuttosto ampio, comprendendo, non da ultimo, quasi tutti gli atti dell'amministrazione di polizia.

⁶² In realtà le due opposte concezioni della tutela oggettiva e della tutela soggettiva, correntemente indicate come «norddeutsche» e «süddeutsche», si erano fronteggiate in Germania già prima della Costituzione di Weimar, sostenute, rispettivamente, da Rudolf von Gneist (*Rechtsstaat*, cit.) e da Otto Bähr (*Der Rechtsstaat*, cit.); in seguito, le due prospettive hanno vantato altri seguaci in Otto Mayer – la prima – e in Walter Jellinek e Fritz Fleiner – la seconda –, all'interno del dibattito

Questo approccio è stato recepito dall'art. 19 IV GG e consolidato dal § 40 I VwGO; il combinato disposto delle due norme ha consumato il distacco dal principio enumerativo ed ha escluso che l'accesso ai tribunali amministrativi possa dipendere dalla forma giuridica che assume l'attività dell'amministrazione e, segnatamente, dalla esistenza o meno di un atto amministrativo da impugnare, estendendolo, invece, a qualsiasi azione o omissione regolata dal diritto pubblico e suscettibile di ledere l'attore in un suo diritto.

In una prospettiva di questo genere, le domande di tutela che si è ipotizzato venissero espresse dal cittadino e per le quali è stato necessario predisporre risposte efficaci, non sono state individuate guardando alla sola attività giuridica autoritativa dell'amministrazione e neanche circoscritte alla richiesta di (mera) cassazione di un atto illegittimo; sono state configurate, invece, come tendenzialmente atipiche, perché atipici sono i modi di operare dei soggetti pubblici, quando non si traducano nella emanazione di atti autoritativi, e non tipizzabile è la forma e il grado di protezione di cui devono poter disporre coloro che ne siano lesi.

Muovendo dall'angolo di visuale sommariamente tratteggiato, di scarsa o nulla utilità sarebbe stata una soluzione che rispondesse alla esigenza di differenziare le tutele agendo sul piano procedimentale mediante un rito ordinario (di annullamento) ed uno o più riti speciali chiamati a rispondere a domande di tutela diverse da quella della eliminazione di un atto illegittimo.

La risposta dell'ordinamento tedesco, disegnata dalla *Verwaltungsgerichtsordnung*, sostenuta dalla dottrina e in larga parte praticata dalla giurisprudenza, è stata quella di basare l'unico e unitariamente disciplinato processo amministrativo di cognizione su azioni plurime, paramtrate alle diverse istanze che possono essere formulate a seconda che i diritti del cittadino siano lesi da una attività o da una inattività dell'amministrazione, che questa sia giuridica o materiale, che si manifesti in atti reali, amministrativi o anche normativi.

Tali azioni sono state col tempo ulteriormente articolate, essendo prevalsa l'opinione che quelle espressamente disciplinate dalla VwGO non

teorico sui diritti pubblici soggettivi, che aveva messo in discussione la convinzione che essi potessero costituire esclusivamente oggetto di una tutela riflessa e indiretta, subordinata al perseguimento dell'interesse generale. Secondo G.F. Ferrari (*Giustizia amministrativa in diritto comparato*, in *Dig. disc pubbl.*, vol. VII, 1991, p. 575), in Germania il principio enumerativo favorisce la precoce emersione del diritto pubblico soggettivo, assimilando il profilo soggettivo delle due giurisdizioni nonostante la dichiarata funzione oggettiva di quella amministrativa. La concezione oggettiva, sporadicamente riaffiorata dopo il 1945 in alcuni autori che volevano segnare la diversità della giurisdizione amministrativa da quella ordinaria, soccombe definitivamente con l'entrata in vigore del GG e con il chiaro disposto dell'art. 19 IV; tuttavia la dottrina odierna paventa il rischio che la influenza del diritto comunitario possa segnare un nuovo ritorno del sistema tedesco ad una giurisdizione orientata ad un controllo oggettivo sull'amministrazione (vedi F. Hufen, cit., p. 31).

costituiscono un numero chiuso e, quindi, non esauriscono quelle ammissibili nel processo amministrativo. Non mancano posizioni dottrinali che sostengono che la garanzia di una tutela priva di lacune nei confronti dei poteri pubblici, affermata dal combinato disposto dell'art. 19 IV GG e del § 40 VwGO, richiede che per ogni attività dell'amministrazione che incide su interessi dei cittadini debba essere disponibile un'azione idonea a contrastarla⁶³.

Sembra doversi sottolineare in modo particolare che, oltre a non aprire procedimenti giurisdizionali diversi da quello disciplinato dalla VwGO, nessuna di tali azioni assume una posizione di preminenza sulle altre e la parificazione vale anche per l'azione impugnatoria (*Anfechtungsklage*), con la quale si chiede l'annullamento di un atto amministrativo illegittimo⁶⁴. La scelta della corretta azione da utilizzare deve essere guidata piuttosto dalla efficacia della stessa a soddisfare nel modo più semplice, pieno e tempestivo possibile le pretese fatte valere in giudizio dall'attore.

5. *La collocazione delle diverse azioni nelle tipologie generali delle azioni costitutive, di condanna e di accertamento. Presupposti comuni per la decisione della causa nel merito*

Sebbene estremamente articolate, le azioni esperibili nel processo amministrativo tedesco si collocano nelle tre tipologie note delle azioni costitutive, di condanna e di accertamento⁶⁵ e secondo tale classificazione saranno descritte nei paragrafi seguenti.

Ciascuna di esse è sottoposta a presupposti, che devono essere verificati d'ufficio dal giudice e che potremmo dire di *ammissibilità*, ma che ormai

⁶³ F. Hufen, cit., p. 213-214, dove l'A. si mostra estremamente critico nei confronti della posizione espressa dal Tribunale amministrativo federale (in *BVerwGE*, 100, 262), secondo il quale la tutela del cittadino sarebbe garantita solo nei limiti delle azioni già disciplinate dalla VwGO, ritenendo tale affermazione un discutibile regresso all'antico principio enumerativo.

⁶⁴ Secondo G.F. Ferrari, *Giustizia amministrativa in diritto comparato*, cit., p. 576, nel sistema tedesco l'ampliamento della tipologia delle azioni esperibili, intimamente connesso alle trasformazioni del diritto amministrativo sostanziale, *non è altro che l'epifenomeno del trend verso la diminuita centralità del provvedimento e dunque verso il declino del carattere cassatorio puro della giurisdizione amministrativa e la propensione ad una piena cognizione del rapporto sostanziale sottostante l'azione amministrativa*; l'A. rileva inoltre che, nel contesto in cui viene elaborata la VwGO, l'azione impugnatoria *ha potuto trovare una collocazione non prevaricante in uno strumentario processuale dei più completi in assoluto, nel quale trovano posto anche l'accertamento e la condanna ad adottare atti o a tenere comportamenti* (ibid., p. 577). A favore della estensione del principio di atipicità delle azioni al sistema italiano di tutela nei confronti dell'amministrazione M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, p. 557 ss.

⁶⁵ In tal senso, tra altri, T. Würtenberger, cit., p. 120; F. Hufen, cit., p. 214.

da tempo vengono definiti in Germania *Sachentscheidungs voraussetzungen* o *Sachurteilsvoraussetzungen*⁶⁶, in quanto costituiscono le condizioni per la decisione della controversia nel merito; alcuni di essi sono comuni a tutte le azioni, mentre altri sono richiesti solo per le azioni che chiamano in causa un atto amministrativo.

Inoltre, secondo la tradizione del diritto processuale, la verifica di tali condizioni è tenuta distinta dall'esame della fondatezza dell'azione; peraltro, se la loro esistenza obbliga il tribunale a decidere sul merito della controversia, la mancanza di uno o più di essi consente al giudice di esimersi da tale decisione, ma non lo obbliga a farlo⁶⁷.

Pur senza entrare nel merito dei singoli presupposti⁶⁸, si può ricordare, in generale, che la maggior parte di essi sono distinti a seconda che riguardino gli organi giudicanti o le parti processuali e ordinati al loro interno secondo una sequenza logica stringente, tesa a facilitare il percorso di formazione della decisione della causa nel merito.

Per quanto riguarda l'organo giudicante, è necessario che sia data la giurisdizione tedesca, la competenza territoriale (§ 52 VwGO) e la competenza per materia rispetto ai tribunali degli altri gradi di giudizio (§ 45 ss. VwGO).

È necessario altresì che la controversia si situi tra quelle *di diritto pubblico di tipo non costituzionale*⁶⁹ appartenenti alla (via) giurisdizione (al) amministrativa in base alla clausola generale del § 40 I VwGO; tuttavia, la scelta erronea da parte dell'attore non determina la inammissibilità dell'azione e il suo conseguente rigetto, ma, secondo quanto dispone il § 17 a II GVG, impone al giudice adito di rinviare la causa al tribunale della ramificazione giurisdizionale competente, con ordinanza motivata, la quale se diviene inoppugnabile, vincola, in punto di giurisdizione, il tribunale del rinvio⁷⁰.

⁶⁶ Le espressioni nel testo *presupposti per la decisione di merito* e *presupposti per la* (emanazione della) *sentenza di merito* sono di uso corrente ed hanno ormai da tempo sostituito, anche per il processo civile, quelle di presupposti di ammissibilità dell'azione o di presupposti processuali; cfr. P. Schlosser, *Die Sachurteilsvoraussetzungen*, in *Jura*, 1981, p. 648 ss.; T. Würtenberger, cit.; K. Stern, *Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit*, 1987, p. 8; F. Hufen, cit., 144 ss.

⁶⁷ Vedi F. Hufen, cit., p. 146.

⁶⁸ Per un esame circostanziato anche dei presupposti che non saranno menzionati nel testo, si rimanda a T. Würtenberger, cit., p. 59 ss. e F. Hufen, cit., p. 151.

⁶⁹ Ampiamente sui criteri di individuazione delle controversie di diritto pubblico non appartenenti alla giurisdizione costituzionale, si vedano ancora T. Würtenberger, cit, p. 61 ss. e F. Hufen, cit., p. 155 ss., ai quali si rinvia per riferimenti anche alle ipotesi legislative di deroga alla clausola generale del § 40 I VwGO.

⁷⁰ La questione della competenza giurisdizionale, sul presupposto già segnalato (§ 2) della equivalenza tra tutte le ramificazioni della giurisdizione tedesca, è disciplinata unitariamente dal § 17a della legge sull'ordinamento giudiziario, che muove dall'intento di evitare sia i conflitti positivi che quelli negativi. La norma dispone, infatti, che se il giudice adito si ritiene competente può («deve», se la giurisdizione è

Il secondo gruppo di presupposti riguarda le parti processuali. La capacità processuale e la rappresentanza processuale seguono le regole del processo civile (§ 62 VwGO), mentre la capacità di essere parte è attribuita dal § 61 VwGO alle persone naturali e giuridiche, alle associazioni – nella misura in cui queste possano essere titolari di diritti – nonché alle autorità amministrative, secondo quanto previsto dalla disciplina dei singoli Länder.

L'interesse ad agire è definito da parametri generali non codificati e ricavato dai principi di economia processuale e di buona fede processuale; viene escluso, di regola, quando l'attore potrebbe ottenere in modo più semplice ed efficace la tutela richiesta, l'abbia già ottenuta o non possa (più) conseguirla con l'azione proposta o, ancora, quando abusi del diritto di azione⁷¹. In modo particolare è strutturato l'interesse ad agire nelle azioni di accertamento, per alcune delle quali, come si vedrà⁷², la sua esistenza rende superflua la verifica della legittimazione ad agire.

Quest'ultima trova definizione espressa nel § 42 II VwGO per le azioni che chiamano in causa un atto amministrativo; tuttavia è pressoché pacifico che tale definizione si applichi in via analogica anche alle altre azioni⁷³.

Affinché sia riconosciuta la legittimazione ad agire, il § 42 II VwGO richiede che, salvo diversa previsione legislativa, l'attore debba *far valere di*

contestata da una delle parti) dichiararlo d'ufficio preliminarmente con ordinanza motivata; se questa diviene inoppugnabile, vincola, in punto di giurisdizione, tutti gli altri tribunali (commi 1 e 3); se, invece, si ritiene incompetente, dopo aver ascoltato le parti, emette una ordinanza motivata nella quale dichiara la sua incompetenza e contemporaneamente rinvia la lite al tribunale della giurisdizione competente; se viene in discussione la competenza di più tribunali, prevale la scelta dell'attore, in assenza della quale decide il tribunale con ordinanza motivata. In entrambi i casi l'ordinanza, se non è impugnata, è vincolante per il tribunale del rinvio, che non può rimandare la causa al primo giudice (comma 2). Le ordinanze in parola sono assunte senza dibattimento orale, devono essere immediatamente impugnate dalla(e) parte(i) che contesti(no) la giurisdizione dichiarata dal tribunale e il relativo ricorso segue le regole stabilite in ciascun ordinamento processuale (comma 4). (Per approfondimenti sulla impugnazione delle ordinanze sulla giurisdizione, si vedano T. Würtenberger, cit., p. 91 ss.; F. Hufen, cit., p. 151 ss.). La questione di giurisdizione, inoltre, non può essere sollevata per la prima volta, né riproposta, nei successivi gradi di giudizio (comma 5). Il tempestivo accertamento, da parte del tribunale di prima istanza, della via giurisdizionale competente evita il rischio che nelle istanze successive si debba aggravare il procedimento giurisdizionale rimettendo in discussione tale profilo. Si noti che nel sistema concepito dal § 17 a GVG non è escluso che un tribunale decida su questioni che esulano dalla sua competenza; per un esame delle ipotesi in cui il giudice ordinario può trovarsi a decidere anche questioni tendenzialmente di diritto amministrativo, si veda il commento di P. Gummer al § 17 GVG, in R. Zöller, *Zivilprozessordnung*, 2009, p. 2564 ss.

⁷¹ Più ampiamente sull'interesse ad agire F. Hufen, cit., p. 90 ss.

⁷² Vedi *infra* §§ 8 ss.

⁷³ Vedi *BVerwGE* 17, 91; 99, 64; E. Schmidt-Assmann, *Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in *Festschrift für Menger*, 1985, p. 109; F. Hufen, cit., p. 251.

essere stato leso nei suoi diritti dall'atto amministrativo, dal rifiuto o dalla omissione dello stesso. Alla norma viene assegnata correntemente una duplice valenza: per un verso è intesa come volta ad escludere un'azione popolare e ad impedire che il diritto di azione venga esercitato per tutelare interessi di fatto, privi di qualsiasi protezione giuridica⁷⁴; per altro verso è rappresentata come il precipitato della adozione della concezione soggettiva della tutela anche nei confronti dell'amministrazione; si afferma che tale concezione presuppone il riconoscimento di diritti soggettivi pubblici (*subjektiv-öffentliche Rechte*) appartenenti al cittadino come singolo individuo e non come semplice *effetto riflesso* di un controllo sulla legalità dell'attività dell'amministrazione, come si era potuto ritenere quando prevaleva la prospettiva del carattere oggettivo della giurisdizione amministrativa⁷⁵.

Ancorché categoria (fondamentale) del diritto amministrativo sostanziale, il diritto soggettivo pubblico acquisisce in tal modo rilevanza centrale anche nel diritto amministrativo processuale⁷⁶.

Sul piano sostanziale, esso è odiernamente definito sulla base della nozione teorica generale di diritto soggettivo applicata al diritto pubblico, ovvero come *il potere giuridico attribuito ad un soggetto da una norma di diritto pubblico che lo legittima a pretendere un determinato fare, non fare o sopportare*⁷⁷. La definizione, peraltro, è indifferente alla titolarità del diritto, questo potendo appartenere al cittadino nei confronti di una pubblica amministrazione o viceversa, nonché ad un soggetto pubblico nei confronti di un altro soggetto pubblico.

⁷⁴ Vedi, *ex multis*, T. Würtenberger, cit., p. 125.

⁷⁵ Cfr. P. Badura, cit., p. 125 ss.; H. Maurer, cit., p. 165 ss.; quest'ultimo sottolinea come l'affermarsi dell'idea dei diritti soggettivi pubblici sia stato imposto storicamente dalla necessità di elevare il singolo dalla condizione di suddito a quella di cittadino, non considerandolo più come oggetto di *Reflexwirkungen* del diritto pubblico oggettivo, ma come individuo la cui acquisita dignità imponeva di attribuirgli singole e differenziate posizioni di diritto soggettivo, che rappresentano il contromodello pubblicistico delle analoghe situazioni soggettive che si stabiliscono nei rapporti interprivati.

⁷⁶ Sul carattere assolutamente centrale del concetto di diritto soggettivo pubblico sia per il diritto amministrativo sostanziale che per quello processuale, si vedano, rispettivamente H. Maurer, cit., p. 164 ss. nonché T. Würtenberger, cit., p. 124 ss. e F. Hufen, cit., p. 248 ss. Non potendo qui esaminare compiutamente uno dei temi certamente più complessi del diritto tedesco, oggetto di una molteplicità di scritti e di una sconfinata casistica giurisprudenziale, ci si limita a segnalare alcune delle opere che meglio consentono di cogliere l'evoluzione della elaborazione teorica su tale tema: G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1905; O. Bachof, *Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht*, in *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, 1955, p. 287 ss.; O. Bühler, *Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte*, ivi, p. 269 ss.; W. Henke, *Das subjektive öffentliche Recht*, 1968; H. Bauer, *Geschichtliche Grundlage der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht*, 1986; H.H. Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, II ediz., 1991, p. 146 ss.

⁷⁷ H. Maurer, cit. p. 164.

Per quanto qui maggiormente interessa, il *subjektiv-öffentliches Recht* definisce il rapporto del singolo nei confronti di una pubblica amministrazione⁷⁸, consentendogli di pretendere da quest'ultima un determinato comportamento positivo o negativo per realizzare interessi giuridicamente protetti da una norma ordinaria o costituzionale, che gli devono tuttavia essere attribuiti come propri. Soprattutto questo secondo profilo – più che quello della individuazione di interessi che si possano considerare giuridicamente protetti e non puramente di fatto – costituisce uno dei problemi più spinosi del processo amministrativo tedesco. Tanto più complesso in quanto, in realtà, la verifica dell'appartenenza di un interesse giuridicamente protetto al soggetto che ne fa valere la titolarità è effettuata sia sul piano dell'ammissibilità, per il tramite della legittimazione ad agire, che sul piano della fondatezza dell'azione, sulla base della interpretazione delle norme sostanziali.

Si faranno in seguito alcuni riferimenti ai criteri prevalentemente utilizzati dalla giurisprudenza per tale verifica. Qui si può ancora segnalare che non mancano posizioni in dottrina, che lamentano il fatto che i tribunali tendano spesso a gravare l'esame dell'ammissibilità dell'azione con argomenti e considerazioni sul diritto soggettivo pubblico, che dovrebbero essere riservati, invece, all'esame della fondatezza dell'azione⁷⁹.

Secondo tale dottrina ai fini della verifica della legittimazione ad agire – e dell'ammissibilità dell'azione – di cui al § 42 II VwGO, è sufficiente che l'attore alleggi fatti che rendano plausibile (c.d. *Möglichkeitstheorie*) la lesione di un proprio interesse giuridicamente protetto inferta dal (probabilmente illegittimo) atto amministrativo (o da altra forma di attività o inattività dell'amministrazione)⁸⁰; rientrano invece nell'ambito di indagine sulla fondatezza le valutazioni, verifiche e considerazioni riguardanti la effettiva esistenza del diritto e della lesione allo stesso causata da una effettivamente illegittima attività o inattività dell'amministrazione⁸¹.

5.1 I presupposti specifici delle azioni che hanno ad oggetto un atto amministrativo

Tra i presupposti per la decisione nel merito, un posto a sé occupa la corretta individuazione dell'azione in relazione al concreto oggetto della

⁷⁸ Cfr. W. Henke, *Das subjektive Recht im System des öffentlichen Rechts*, in DÖV, 1980, p. 621 ss.; H. Maurer, cit., p. 175 ss.; sulla influenza delle diverse ricostruzioni teoriche della figura del diritto soggettivo pubblico sulla costruzione del «rapporto amministrativo», vedi M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, cit., p. 45 ss.

⁷⁹ F. Hufen, cit., p. 248.

⁸⁰ Ivi, p. 287 ss. e T. Würtenberger, cit., p. 125-126, il quale ritiene che la legittimazione ad agire debba essere esclusa se il diritto asserito dall'attore non potrebbe in alcun modo appartenergli o sia del tutto sconosciuto all'ordinamento giuridico.

⁸¹ Alla fondatezza dell'azione si riferisce il § 113 VwGO, sul quale si dovrà tornare.

controversia e la sua proposizione secondo i requisiti di forma per la stessa richiesti. Come si vedrà più ampiamente nel corso dell'esposizione, questo presupposto è improntato ad una notevole flessibilità, che in molti casi consente di convertire l'azione già proposta in un'altra che si dimostri di maggiore efficacia⁸².

Tuttavia, tale flessibilità, come pure si vedrà, è più limitata per le azioni che chiamano in causa un *Verwaltungsakt*, secondo la definizione che di atto amministrativo da il § 35 VwVfG⁸³: per l'*Anfechtungsklage*, ovvero l'azione costitutiva, con la quale si fa valere la pretesa all'annullamento di un atto amministrativo illegittimo sfavorevole, che leda un diritto soggettivo pubblico del proponente e per la *Verpflichtungsklage*, ovvero l'azione di condanna con la quale si fa valere la pretesa ad ottenere un atto amministrativo favorevole, in luogo dell'illegittimo atto negativo emanato dall'amministrazione. Per entrambe le azioni, infatti, oltre a quelli già ricordati, valgono presupposti specifici di ammissibilità⁸⁴: devono essere

⁸² Concorda G.F. Ferrari, cit., p. 577, che afferma che nel sistema tedesco «l'esperibilità contestuale di più rimedi e la possibilità di conversione dell'azione in corso in altra di sopravvenuta utilità conferiscono grande flessibilità allo strumentario processuale».

⁸³ La prima proposizione del § 35 VwVfG definisce atto amministrativo «ogni disposizione, decisione o altro provvedimento pubblico che un'autorità assume per la regolazione di un singolo caso nell'ambito del diritto pubblico e che è rivolto a produrre effetti diretti verso l'esterno» («jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist»). La definizione rivela il legame con la figura dell'atto amministrativo elaborata dalla dottrina del XIX secolo e, segnatamente, con la prima definizione concordemente attribuita a Otto Mayer come «ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Unterthanen gegenüber im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein sol» (*Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, I ediz., 1895, p. 95). La seconda proposizione del § 35 qualifica espressamente come atto amministrativo l'*Allgemeinverfügung* (una disposizione generale a contenuto non normativo), che si rivolge ad una cerchia di persone determinata o determinabile secondo criteri generali o riguarda la qualità pubblicistica di un bene o la sua fruizione da parte della collettività («Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich nach einem, nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbar Personenkreis richtet oder die öffentlichrechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft»). La dottrina odierna concorda sull'affermazione che la nozione di *Verwaltungsakt* costituisce il più importante punto di intersezione tra diritto amministrativo sostanziale, procedimentale e processuale, una figura trasversale che mette in comunicazione i tre regimi specifici dell'atto amministrativo: cfr., *ex multis*, H. Maurer, cit., p. 212 e F. Hufen, cit. p. 220.

⁸⁴ In Germania il pieno superamento della più tradizionale connotazione del giudizio amministrativo come giudizio prevalentemente impugnatorio e l'apertura della tutela a tutte le controversie di diritto pubblico non costituzionale operata dalla clausola generale del § 40 VwGO ha fortemente ridotto il protagonismo processuale dell'atto amministrativo, facendo venir meno l'esigenza di ampliare tale figura a fenomeni ad essa estranei, al fine di estendere la tutela del cittadino. Tale esigenza si era posta, invece, prima della entrata in vigore del *Grundgesetz* e della

precedute dall'infruttuoso esperimento di un ricorso amministrativo (*Widerspruchsverfahren*), disciplinato dai §§ 68-73 VwGO; sono sottoposte, inoltre, ad un termine decadenziale di trenta giorni, che non vale per le altre azioni e che decorre dalla notificazione della decisione che respinge il ricorso, oppure, per i casi in cui questo non è necessario (§ 68 VwGO), dalla notificazione dell'atto amministrativo (§ 74 VwGO)⁸⁵.

La presentazione del ricorso avvia un procedimento preliminare rispetto a quello giurisdizionale⁸⁶, che il legislatore ha definito *Vorverfahren*, recependo la terminologia in uso nella legislazione di alcuni Länder prima della emanazione del *Grundgesetz*.

La natura di tale procedimento è stata a lungo controversa, avendo esso assunto in passato una connotazione para-giurisdizionale⁸⁷ ed essendo ancora oggi disciplinato sia da norme sul procedimento che sul processo amministrativo⁸⁸. Sembra tuttavia ormai nettamente prevalente l'opinione

concretizzazione del dettato costituzionale da parte della VwGO, quando la esistenza di un VA costituiva il presupposto non già dell'ammissibilità di azioni specifiche, bensì della stessa tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione. Oggi il Verwaltungsakt come definito dal § 35 VwVfG in realtà delimita la tutela, per ciò che apre la strada alle azioni apposite menzionate nel testo e sulle quali si tornerà più avanti, che sono estranee al processo civile. Il tramonto della valenza dell'atto amministrativo come unico presupposto per accedere alla tutela giurisdizionale è da tempo un dato pacificamente acquisito anche dalla giurisprudenza: vedi per tutte *BVerwGE* 60, 144, 148; 77, 268, 274.

⁸⁵ Si noti inoltre che per entrambe le azioni il § 89 II VwGO esclude che l'amministrazione possa agire in via riconvenzionale.

⁸⁶ Se l'attore ha proposto l'azione senza esperire il *Vorverfahren*, il tribunale deve sospendere il processo in attesa che esso venga espletato; ciò può avvenire, ad esempio, quando è incerto se l'atto si configuri come nullo o annullabile (vedi *infra* § 8.2.). Teoricamente la sospensione si può avere fino alla conclusione del dibattimento orale, sempre che non sia ancora spirato il termine per la presentazione del ricorso, nel qual caso l'azione dovrà essere rigettata come inammissibile, salva la possibilità di una rimessione in termini, se il termine è spirato senza colpa del ricorrente. Contro l'eventuale inerzia serbata dall'amministrazione sul ricorso è utilizzabile un tipo di *Verpflichtungsklage*, la *Untätigkeitsklage*, della quale si dirà nel § 7.1.

⁸⁷ Anche in Germania le origini più remote dei ricorsi ad organi della stessa amministrazione risalgono al periodo in cui non esisteva un controllo affidato a giudici indipendenti; tuttavia, nella prima fase di edificazione del sistema di tutela giurisdizionale e fino alla emanazione della Costituzione di Weimar si tentò a più riprese di sostituire il processo di prima istanza con procedimenti davanti ad organi appositi, dei quali si garantiva uno svolgimento e una composizione assimilabili ai procedimenti e agli organi giurisdizionali. Dopo la seconda guerra mondiale la legislazione di alcuni Länder mantenne questi procedimenti, sebbene non più come sostitutivi del processo di primo grado, ma come preliminari allo stesso ovvero come «*Vorverfahren*». Cfr. H.U. Erichsen, *Das Vorverfahren nach §§ 68 ff. VwGO*, in *Jura*, 1992, p. 645 ss.

⁸⁸ Al *Widerspruchsverfahren*, infatti, si estendono le norme del VwVfG, salvo che la loro applicazione non sia esclusa dalla specifica disciplina contenuta nei §§ 68 ss. VwGO; si applicano, inoltre, analogicamente, le disposizioni di quest'ultima

che lo configura come un procedimento esclusivamente amministrativo, con un triplice ordine di finalità: l'autocontrollo dell'amministrazione, la tutela del cittadino e il decongestionamento degli organi giurisdizionali⁸⁹. Soprattutto queste ultime due, in parte connesse, finalità hanno consentito di superare le obiezioni di incostituzionalità che a più riprese sono state mosse al *Vorverfahren*⁹⁰; ne hanno indirettamente confermato, inoltre, la natura amministrativa, sulla base della dirimente argomentazione che ogni tentativo di convertirlo in un procedimento para-giurisdizionale obbligherebbe ad una ulteriore estensione delle norme processuali, in contrasto con l'obiettivo di accelerazione della decisione della controversia e, quindi, di decongestionamento dei tribunali, obiettivo che può essere perseguito proprio grazie alla maggiore informalità del procedimento amministrativo rispetto a quello giurisdizionale⁹¹.

Inoltre, il *Vorverfahren* conduce ad un riesame sia della legittimità che dell'opportunità dell'atto da parte dell'amministrazione. Tale controllo è attivato dalla presentazione di una opposizione (*Widerspruch*) da parte dell'interessato, entro un mese dalla comunicazione dell'atto amministrativo (§§ 69 e 70 VwGO) e si svolge, di regola, in due fasi. Nella

sulla legittimazione ad agire (§ 42 II), sulla natura di diritto pubblico non costituzionale dell'oggetto del controllo (§ 40 I) e sulla fondatezza (§ 113 I e V) del ricorso. Quest'ultimo, infatti, come le azioni giurisdizionali, dovrà risultare ammissibile e fondato ed entrambe le verifiche seguono criteri analoghi a quelli utilizzati nel processo (cfr. F. Hufen, cit., p. 73 ss.), con la non trascurabile differenza che l'autorità amministrativa, diversamente dal tribunale, riesamina anche l'opportunità e non solo la legittimità dell'atto. Si consideri, inoltre, che l'atto affetto da vizi formali può essere sanato, ai sensi del § 45 VwVfG, già in sede di *Widerspruchsverfahren*, così come già in questa sede può essere esclusa la pretesa all'annullamento per vizi formali ai sensi del § 46 VwVfG. In entrambi i casi il ricorso viene respinto come infondato; nel secondo caso perché il vizio non ha influito nel merito della decisione adottata dall'amministrazione o, in caso di attività vincolata, perché l'amministrazione non potrebbe adottare una decisione diversa da quella contestata. Ampiamente sulle questioni sostanziali e processuali che concernono la disciplina dei vizi formali in Germania, F. Hufen, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, 2002.

⁸⁹ T. Würtenberger, cit., p. 157; F.O. Kopp, *Die Rechtsschutzfunktion des Widerspruchsverfahrens nach §§ 68 ff. VwGO*, in *Festschrift für Redeker*, 1993, p. 543 ss. Più recentemente è stata sottolineata l'esigenza di una più marcata funzione di mediazione da assegnare al procedimento in discorso: vedi C.Vetter, *Mediation und Vorverfahren. Ein Beitrag zur Reform des verwaltungsgerichtlichen Vorverfahrens*, 2004.

⁹⁰ Il Tribunale costituzionale federale ha affermato la compatibilità con l'art. 19 IV GG del mantenimento del previo ricorso amministrativo, tuttavia alla condizione che esso non costringa il cittadino ad eccessivi e irragionevoli ritardi e non sostituisca la tutela giurisdizionale (si vedano, in particolare, BVerfGE, 10, 302, 308; 40, 256). La dottrina rileva che, correttamente inteso, il *Widerspruchsverfahren* può assumere grosso significato in termini di tempestività ed efficienza della tutela del cittadino, consentendogli, non da ultimo, di evitare o comunque ridurre le spese processuali (F. Hufen, cit., p. 63).

⁹¹ F. Hufen, cit., p. 66, al quale si rinvia per ulteriori indicazioni dottrinali.

prima l'atto viene riesaminato dalla stessa autorità che lo ha emanato, la quale, se ritiene il ricorso ammissibile e fondato, annulla o modifica l'atto impugnato oppure emana quello illegittimamente negato e decide sulle spese; in caso contrario, trasmette la decisione sul ricorso all'autorità immediatamente superiore (§ 73 VwGO)⁹², che compie un nuovo riesame di legittimità e di merito dell'atto. Se anche in questo caso la decisione è negativa, entro un mese dalla notificazione della stessa, si potrà intentare, a seconda dei casi, l'*Anfechtungsklage* o la *Verpflichtungsklage* davanti al tribunale amministrativo.

Oggetto dell'azione sarà l'atto originario, come integrato dalla decisione sul ricorso (§ 79 I, n. 1); questo significa che se l'atto è stato emendato (di alcuni) dei vizi da cui era affetto, questi non potranno essere posti a fondamento dell'azione, per non rischiare di incorrere nel rigetto della stessa.

L'azione può avere ad oggetto esclusivamente la decisione sul ricorso in due ipotesi: quando la decisione medesima preveda per la prima volta uno svantaggio nei confronti di un terzo (§ 79 I, n. 2) e quando, rispetto all'atto originario, contenga uno svantaggio ulteriore e autonomo per il destinatario diretto dello stesso, ivi compresa l'ipotesi di violazione di norme procedurali essenziali, se tale violazione sia stata determinante per la decisione sul ricorso (§ 79 II)⁹³.

5.2 *Gli autonomi procedimenti di tutela provvisoria che affiancano o precedono le diverse azioni. Cenni*

Sembra doversi segnalare, infine, che in tutte le azioni esperibili nel processo amministrativo che si stanno per esaminare, il procedimento giurisdizionale sulla questione principale può essere preceduto o affian-

⁹² Tale fase non ha luogo se l'atto proviene dall'organo più elevato dell'amministrazione del Bund o dei Länder o se sia diversamente previsto da una legge.

⁹³ Mentre per il processo amministrativo il divieto di *reformatio in peius* è ricavato dai §§ 88, 129 e 141 VwGO e, più in generale, dal principio dispositivo (per tutti, T. Würtemberger, cit., p. 162), per quanto riguarda il *Widerspruchsverfahren*, una *reformatio in peius* dell'atto originario, benché molto discussa dalla dottrina prevalente, è ammessa dalla giurisprudenza e da altra parte della dottrina, anche con l'argomento letterale che fa leva sulle disposizioni del § 79, cui si fa cenno nel testo, introdotte con una modifica della VwGO del 1996. La giurisprudenza peraltro subordina l'ammissibilità di una *reformatio in peius* a due condizioni: che la decisione (peggiorativa) sul ricorso sia assunta dalla stessa autorità che ha emanato l'atto o, quanto meno da un'autorità titolare di un potere di direzione sulla stessa (vedi OVG, in *NVwZ*, 1992, p. 386 ss. e *BVerwG*, ivi, 1987, p. 215 ss.) e che si versi in una delle ipotesi in cui il diritto amministrativo sostanziale e, segnatamente, i §§ 48 e 49 VwVfG o le leggi dei Länder sul procedimento amministrativo ammettano il ritiro o la revoca di un atto amministrativo (*BVerwGE* 51, 310 ss. ; 65, 313). Ulteriori riferimenti dottrinali e indicazioni su alcune voci dissonanti in giurisprudenza in F. Hufen, cit., p. 133 ss.

cato da un autonomo procedimento di tutela provvisoria, diversamente regolato dalla VwGO a seconda che riguardi l'*Anfechtungsklage* (§§ 80, 80a e 80b) o le altre azioni esperibili nel processo amministrativo (§ 123); una tutela provvisoria è prevista inoltre dal § 47 VI per il giudizio che ha ad oggetto la validità di norme regolamentari (*Normenkontrollen*), di cui si dirà nel § 9.

Anche la tutela cautelare è molto ricca e articolata in Germania; in quanto finalizzata ad evitare le conseguenze irreversibili di attività o inattività illegittime dell'amministrazione che potrebbero derivare da una decisione giurisdizionale tardiva, è anch'essa ancorata alla garanzia costituzionale della effettività della tutela sancita dall'art. 19 IV GG e al principio dello stato di diritto di cui all'art. 20 III GG⁹⁴.

Nella prassi, a causa della durata dei processi, soprattutto di grosse dimensioni, il ricorso a procedimenti di tutela provvisoria è piuttosto elevato e non di rado il giudizio cautelare finisce col sostituire quello sulla questione principale⁹⁵. Un esame esauriente di tali procedimenti richiederebbe tuttavia uno spazio e una indagine autonomi, non consentiti dall'economia di questo scritto. Ci si limiterà a ricordare, orientativamente, alcuni dei profili che sembrano di maggior rilievo⁹⁶.

Nel ribadire, a più riprese, il rango costituzionale della tutela cautelare, il BVerfG ha affermato che essa deve essere tanto più intensa quanto più pesante è lo svantaggio imposto al cittadino e quanto più difficile sarebbe rimuovere le conseguenze della esecuzione di decisioni pubbliche illegittime svuotandosi di ogni utilità la decisione sulla questione principale⁹⁷. Costituisce un dato altrettanto acquisito, peraltro, che anche sotto il profilo costituzionale le questioni che investono tale tutela non sono unidirezionali potendo chiamare in gioco più posizioni costituzionalmente protette⁹⁸.

Di entrambe tali esigenze sembra aver tenuto conto la VwGO in modo particolare nel disciplinare la tutela provvisoria connessa all'*Anfechtungsklage*, che, come si vedrà, è riservata alla impugnazione degli atti amministrativi che producono effetti gravosi per i privati.

⁹⁴ Vedi per tutte BVerfGE 35, 263 ss.

⁹⁵ Vedi F. Hufen, cit., p. 505

⁹⁶ Sulla tutela provvisoria si rinvia, per approfondimenti, a F. Schoch, *Vorläufige Rechtsschutz im Verwaltungsrecht*, 1988, *Id.*, *Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz*, in *Jura*, 2001, p. 670 ss.; W.R. Schenke, *Probleme der Vollziehungsanordnung gem. § 80 Abs.2 S. 1 § 80a Abs.1 Nr. 1 und Abs. 2 VwGO*, in *VerwArch.*, 2000, p. 587 ss.; H.U. Erichsen, *Die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO*, in *Jura*, 1984, p. 684.

⁹⁷ Si veda ancora BVerfGE 35, 382 e 402; il Tribunale costituzionale federale ha affermato, inoltre, che la negazione o la insufficienza della tutela cautelare non viola soltanto l'art. 19 IV GG, ma lede anche il diritto fondamentale che di volta in volta viene in gioco; in tal senso BVerfGE 69, 74.

⁹⁸ Cfr. F. Hufen, cit., p. 503

Il § 80 I VwGO prevede che la interposizione del ricorso amministrativo e/o dell'azione impugnatoria produce effetti sospensivi immediati, indipendentemente dal fatto che l'atto sia impugnato dal suo destinatario diretto o dai terzi che ne subiscono gli effetti sfavorevoli. Attraverso questa, che costituisce la regola generale, il legislatore tedesco ha inteso ridurre il rischio delle conseguenze che potrebbero derivare dalla esecuzione di atti sfavorevoli prima che sia definitivamente rimosso da un giudice il sospetto della loro illegittimità ed ha puntato sul mantenimento dello *status quo* fino al passaggio in giudicato della decisione sulla questione principale⁹⁹.

Tuttavia, la regola dell'effetto sospensivo automatico è attenuata da alcune eccezioni previste dalla legge, le quali possono a loro volta venir meno attraverso un gioco alternato di valutazioni dell'amministrazione e del giudice volte a riequilibrare o ridistribuire i possibili rischi insiti, rispettivamente, nella sospensione o nella immediata esecuzione dell'atto.

In base a quanto stabilisce il § 80 II VwGO l'automatismo sospensivo non opera sugli atti a contenuto fiscale e sui provvedimenti di polizia indifferibili e può essere espressamente escluso da leggi federali o dei Länder, in particolare per le impugnazioni proposte da terzi contro atti che comportino la realizzazione di investimenti o la creazione di posti di lavoro¹⁰⁰. Può venir meno, inoltre, se l'autorità che ha emanato l'atto o quella che decide sul ricorso amministrativo, dispone l'esecuzione immediata nell'interesse pubblico o in quello prevalente di una delle parti, motivando specificamente tale interesse in forma scritta, salvo che un incombente pericolo per la vita, la salute o la proprietà richieda l'assunzione di un provvedimento di emergenza (§ 80 III VwGO).

In tutte le eccezioni menzionate, peraltro, salvo diversa previsione di una legge federale, l'amministrazione – in sede di emanazione dell'atto o di decisione sul ricorso – può sempre sospendere l'esecuzione; ha l'obbligo di farlo per i provvedimenti a contenuto fiscale, quando esistano seri dubbi sulla legittimità degli stessi o se l'esecuzione comporti per il soggetto obbligato una eccessiva onerosità, non imposta dal prevalente interesse pubblico (§ 80 IV).

Misure analoghe, per le ipotesi in cui sia escluso l'effetto sospensivo automatico, possono essere disposte dal tribunale che decide sulla questione principale, su istanza (*Antrag*) della parte interessata, che può essere presentata anche prima della proposizione dell'azione impugnatoria (§ 80 V). Su tale istanza il tribunale – e, in casi urgenti, il presidente – de-

⁹⁹ Il § 80 b VwGO stabilisce, infatti, che l'effetto sospensivo cessa dal passaggio in giudicato della sentenza o, se l'azione è rigettata in primo grado, tre mesi dopo lo spirare del termine per l'impugnazione. Su istanza dell'interessato, l'effetto sospensivo può comunque essere prolungato dall'OVG.

¹⁰⁰ L'effetto sospensivo automatico del ricorso amministrativo e dell'azione impugnatoria proposti dal terzo confinante è espressamente escluso, ad esempio, dalla versione modificata del *codice edilizio federale* (*Baugesetzbuch*), nel § 212a BauGB.

cide, di norma senza dibattimento orale, con decreto¹⁰¹; questo può essere modificato o revocato in qualsiasi momento, anche su richiesta di una delle parti, purché tale richiesta sia giustificata da circostanze che la parte medesima non aveva potuto far valere nel procedimento cautelare originario, non per sua colpa (§ 80 VII).

In sede di decisione sull'istanza di sospensione della immediata esecuzione disposta dall'amministrazione, se l'atto è stato in parte già eseguito, il tribunale può anche ordinare la rimozione (delle conseguenze) della esecuzione. Può inoltre subordinare il ripristino dell'effetto sospensivo alla prestazione di una garanzia o di un altro onere per un periodo di tempo limitato.

Per le ipotesi in cui opera la regola dell'effetto sospensivo automatico, infine, il § 80a VwGO contiene alcune previsioni specificamente rivolte a controbilanciare le esigenze di tutela cautelare del destinatario diretto dell'atto e quelle dei controinteressati. Prevede, infatti, che l'amministrazione possa, su istanza del destinatario di un atto favorevole, ordinarne la immediata esecuzione, quando sia stato proposto ricorso amministrativo dal terzo che ne subisce gli effetti gravosi e, viceversa, su istanza di quest'ultimo, sospendere la immediata esecuzione, adottando al contempo eventuali misure provvisorie a garanzia dei diritti del destinatario diretto. La immediata esecuzione può essere disposta dall'amministrazione anche su istanza del terzo che ricava effetti favorevoli da un atto svantaggioso per il diretto destinatario che lo abbia impugnato.

Provvedimenti dello stesso tipo possono essere adottati anche dal tribunale, il quale può modificare o annullare quelli eventualmente già assunti dall'amministrazione.

Le azioni diverse da quella impugnatoria sono invece tutte assistite da un autonomo procedimento cautelare che è esclusivamente giurisdizionale ed è disciplinato, nelle linee essenziali, dal § 123 VwGO. Come il procedimento giurisdizionale che affianca l'azione impugnatoria, è introdotto da una istanza dell'interessato, che anche in questo caso può precedere la interposizione dell'azione; la decisione è anche qui assunta dal tribunale competente per la questione principale – e in casi urgenti, dal Presidente – con decreto e senza dibattimento orale.

Con tale decisione vengono adottate ordinanze provvisorie (*einstweilige Anordnungen*)¹⁰², contenenti provvedimenti cautelari atipici, che possono assumere una duplice veste: quella delle c.d. *Sicherungsanordnungen* (ordinanze di garanzia), che mirano a mantenere invariata la situazione di

¹⁰¹ Ex § 101 III VwGO, in tutti i casi in cui la decisione del tribunale non assume la forma della sentenza, può non aver luogo il dibattimento orale, se non esiste una esplicita diversa previsione legislativa.

¹⁰² Si noti che il § 123 III rinvia, per la emanazione delle ordinanze provvisorie di cui si parla nel testo, alla disciplina processualciviltistica.

fatto, quando il mutamento della stessa, in relazione all'oggetto della controversia, potrebbe mettere a repentaglio o aggravare in modo sostanziale la realizzazione di un diritto del ricorrente¹⁰³; le c.d. *Regelungsanordnungen* (ordinanze di regolazione), che, viceversa, modificano transitoriamente un determinato stato di fatto, quando, con riferimento ad un rapporto controverso, soprattutto se a carattere durevole, sia necessario introdurre una regolazione provvisoria, per evitare pregiudizi rilevanti, la minaccia di violenze o per altri motivi¹⁰⁴.

Un autonomo procedimento giurisdizionale è previsto, infine, per garantire una tutela cautelare nell'ambito della *Normenkontrolle*, disciplinata dal § 47 VwGO, ovvero nelle ipotesi in cui il giudizio ha ad oggetto la validità di una norma giuridica di livello inferiore alla legge. Tale procedimento, che può anch'esso essere avviato prima della instaurazione del giudizio principale, si svolge, davanti al tribunale amministrativo di secondo grado (l'OVG), che, come si vedrà, è quello competente ad assumere la decisione definitiva sulla validità o invalidità delle norme secondarie. Anche in questo caso la decisione assume la forma del decreto, ma può essere adottata solo dal tribunale e non anche dal presidente.

Il § 47 VI VwGO prevede che il tribunale medesimo emani ordinanze provvisorie, quando le stesse siano *urgenti per evitare gravi pregiudizi o per altri importanti motivi*¹⁰⁵. Tuttavia, il tribunale non potrà ordinare una modifica transitoria della norma controversa¹⁰⁶, ma dovrà limitarsi a disporre la provvisoria sospensione della esecuzione, della entrata in vigore o dell'applicazione, fino al giudizio definitivo sulla questione principale; mentre potrà sospenderne solo in parte la validità o porre condizioni per la sua applicazione.

L'ordinanza provvisoria produce effetti (transitori) *erga omnes* se ha ad oggetto la validità della norma; se invece il tribunale adotta provvedimenti determinati dalla esigenza di evitare pregiudizi specifici per chi ha richiesto l'ordinanza cautelare, la validità della norma può rimanere inalterata, ma il tribunale deve garantire che siano destinatarie dell'effetto vincolante dell'ordinanza cautelare anche le altre autorità eventualmente coinvolte dalla applicazione della norma¹⁰⁷.

¹⁰³ Ordinanze di garanzia sono, ad esempio, quelle che contengono un divieto transitorio di nominare un funzionario o di pagare una sovvenzione.

¹⁰⁴ Ordinanze di regolazione sono, ad esempio, quelle che dispongono transitoriamente un divieto di sosta (per garantire l'accesso dei veicoli durante una festa popolare), oppure l'ammissione ad un esame o, ancora, il pagamento di una borsa di studio.

¹⁰⁵ Si ritiene perciò che la emanazione di *einstweilige Anordnungen* sia subordinata dal § 47 VI a presupposti più rigorosi di quelli richiesti dal § 123. In tal senso F. Hufen, cit., p. 547

¹⁰⁶ Cfr. VGH Mannheim, in *DVBL*, 1999, p. 1734.

¹⁰⁷ F. Hufen, cit., p. 548.

6. Le azioni costitutive

Secondo una parte della dottrina tedesca, nel processo amministrativo, diversamente da quello civile, non esisterebbe un numero chiuso di azioni costitutive e sarebbe anche ipotizzabile l'ammissibilità di un'*azione costitutiva generale* (*allgemeine Gestaltungsklage*), volta ad ottenere una sentenza che origina direttamente un rapporto giuridico di diritto pubblico o rimuove o modifica decisioni dell'amministrazione che non hanno i caratteri dell'atto amministrativo¹⁰⁸.

Ciò nonostante, se si eccettuano le azioni costitutive processuali che, sul modello di quelle disciplinate per il processo civile, trovano spazio anche nel processo amministrativo¹⁰⁹, piuttosto raro è stato fino ad oggi l'impiego di azioni costitutive diverse dall'*Anfechtungsklage*, con la quale si chiede l'annullamento di un atto amministrativo illegittimo.

6.1 L'*Anfechtungsklage*

L'azione impugnatoria, prevista dal § 42 I VwGO, è rappresentata come quella più tradizionale e classica del processo amministrativo, ma anche come quella che offre la tutela più intensa: se la sua domanda viene accolta, l'attore riesce ad avere, con la sentenza che annulla l'atto illegittimo, una immediata modificazione della situazione giuridica a suo favore, senza dover fare affidamento su una ulteriore attività dell'amministrazione, che sarebbe necessaria, invece, se si ipotizzasse – come è astrattamente possibile – una condanna all'annullamento dell'atto; richiedendo una successiva collaborazione dell'amministrazione, una simile condanna offrirebbe al cittadino una protezione minore, che contrasterebbe con il disposto dell'art. 19 IV GG¹¹⁰ e metterebbe inoltre in discussione l'interesse ad agire.

Proprio la particolare intensità di tutela offerta dall'*Anfechtungsklage*¹¹¹ comporta, nell'ordinamento tedesco, che essa sia riservata esclusivamente alla impugnazione di decisioni unilaterali dell'amministrazione che si configurino come *belastende Verwaltungsakte*, ovvero contengano tutti gli

¹⁰⁸ In tal senso già K. Stern, *Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit*, cit., p. 82 e, più recentemente, F. Hufen, cit., p. 217, al quale si rinvia per più ampi riferimenti dottrinali; critico T. Würtenberger, cit., p. 121, nt. 2.

¹⁰⁹ Sulle azioni costitutive processuali, che non saranno qui esaminate, si veda F. Hufen, cit., p. 397 ss.

¹¹⁰ La prospettiva sintetizzata nel testo, dalla quale muove, in particolare, F. Hufen (cit., p. 220 ss.), evidenzia che il tipo e grado di tutela ottenibile costituisce il criterio primario nella individuazione dell'azione più calibrata alla soddisfazione dell'interesse che si assume leso.

¹¹¹ Per un più ampio e generale inquadramento sull'azione impugnatoria, si veda D. Ehlers, *Die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage*, in *Jura*, 2004, p. 30 ss.

elementi necessari ad integrare la nozione di atto amministrativo definita § 35 VwVfG¹¹² e producano effetti *sfavorevoli* per l'attore¹¹³.

Oggetto dell'azione impugnatoria possono essere tutti i tipi di atti amministrativi – ordinatori, costitutivi e dichiarativi – che rientrano nella definizione legale, indipendentemente dal fatto che si configurino come individuali o generali¹¹⁴.

È possibile l'impugnazione di una parte dell'atto amministrativo o di disposizioni accessorie svantaggiose dallo stesso separabili¹¹⁵, mentre non sono autonomamente impugnabili se e in quanto non contengano (ancora) una regolazione definitiva con effetti giuridici esterni, gli atti preparatori

¹¹² Come si è accennato nel § 5, gli elementi che integrano la definizione sostanziale di *Verwaltungsakt*, contenuta nel § 35 VwVfG – un *provvedimento di diritto pubblico* adottato da un'*autorità amministrativa* per la *regolazione* di un *singolo caso*, che *produce effetti giuridici immediati verso l'esterno* – costituiscono, sotto il profilo processuale, i parametri di riferimento per verificare la proponibilità sia dell'*Anfechtungsklage* che della *Verpflichtungsklage*, che si vedrà tra breve; vi si ricorre nelle controversie che pongono problemi di confine, rispettivamente tra atti di diritto pubblico e di diritto privato, nonché tra atti amministrativi e atti normativi, reali e interni. Per una disamina dettagliata, vedi H. Maurer, cit., p. 191 ss. e F. Hufen, cit., p. 221 ss. Peraltro, come si è accennato e come si verificherà di seguito, la mancanza di un atto amministrativo che risponda alla definizione legale, esclude la utilizzazione dell'*Anfechtungsklage* e della *Verpflichtungsklage*, ma, esistendone i presupposti, consente il ricorso ad altre azioni – la *Unterlassungsklage* e la *allgemeine Leistungsklage* – di cui si dirà nel § 7.2.

¹¹³ L'attore non necessariamente è colui cui è diretto l'atto amministrativo, potendo essere un terzo che ricavi uno svantaggio da un atto favorevole per il suo destinatario (vedi subito *infra* nel testo).

¹¹⁴ Non si può qui entrare nello specifico esame delle diverse tipologie di atti amministrativi e delle relative classificazioni, per le quali si rinvia a H. Maurer, cit., p. 216 ss. Si può tuttavia ricordare che quella indicata nel testo è la classificazione più ricorrente. Tra gli atti amministrativi ordinatori (*befehlende Akte*) si collocano gli atti contenenti un comando o un divieto, che obbligano ad un determinato fare, non fare o sopportare (disposizioni di polizia, provvedimenti che impongono tributi, divieti riguardanti l'esercizio di alcune attività ecc.); gli atti costitutivi (*rechtsgestaltende Akte*) comprendono gli atti che costituiscono, modificano o estinguono un rapporto giuridico concreto (permessi e dispense, nomine di funzionari, immatricolazioni, naturalizzazioni ecc.); gli atti accertativi (*feststellende Akte*) sono quelli mediante i quali si accerta l'esistenza di un diritto o di una qualità giuridicamente rilevante di una persona o di una cosa (certificazioni della cittadinanza, del diritto di voto, dell'anzianità di servizio, del valore unitario di un terreno ecc.).

¹¹⁵ Sulle impugnazioni parziali e sulle diverse questioni processuali che sollevano, in particolare, le disposizioni accessorie, si rinvia a F. Hufen, cit. p. 240 ss. Si noti che viene configurata come parziale anche la impugnazione che ha ad oggetto esclusivamente la decisione sul ricorso amministrativo ex § 79 VwGO, nelle ipotesi già ricordate (vedi § 5.1.), nelle quali, rispetto all'atto amministrativo originario, tale decisione contiene uno svantaggio ulteriore e autonomo, che può consistere anche nella violazione di una disposizione procedimentale essenziale, che sia stata determinante per la decisione sul ricorso.

o parziali e quelli endoprocedimentali, che, in base al § 44a VwGO, sono attaccabili in via giurisdizionale solo unitamente all'atto finale.

L'atto impugnato deve essere esistente¹¹⁶ ed efficace; se è nullo, per una delle cause disciplinate dal § 44 VwVfG o inefficace, ex § 43 VwVfG, per la mancata notificazione al destinatario o agli eventuali controinteressati, l'azione impugnatoria eventualmente proposta dovrà essere convertita in una azione di accertamento della nullità dell'atto¹¹⁷.

Ancora un'azione di accertamento costituisce la risposta più idonea per le ipotesi, che saranno esaminate in seguito¹¹⁸, in cui l'atto amministrativo, dopo la sua impugnazione, abbia fisiologicamente esaurito i suoi effetti o questi siano venuti meno in seguito alla emanazione di un atto amministrativo di annullamento o di revoca.

L'atto, inoltre deve configurarsi come *belastend* per l'attore; la nozione di atto *sfavorevole* non è ricavabile da disposizioni legislative, diversamente da quella di atto favorevole (*begünstigend*), che il § 48 I VwVfG definisce come *atto che costituisce o certifica un diritto o un vantaggio giuridicamente rilevante* per il destinatario. La distinzione tra i due tipi di atti costituisce lo spartiacque tra *Anfechtungsklage* e *Verpflichtungsklage*, tanto più rilevante in quanto il rapporto tra le due azioni, contrariamente a quanto si verifica rispetto alle azioni di accertamento, non è di sussidiarietà, ma di alternative: la prima mira ad ottenere l'annullamento di un atto sfavorevole, mentre con la seconda si domanda la emanazione di un atto favorevole.

Tuttavia, la linea di confine tra *Anfechtungsklage* e *Verpflichtungsklage* è meno netta di quanto sembri; lo è solo nelle ipotesi in cui l'atto produce effetti unicamente svantaggiosi o vantaggiosi nei confronti del suo destinatario e non vi siano terzi controinteressati alla (non) emanazione dell'atto medesimo. Un problema di scelta tra le due azioni si pone, invece, se l'atto genera al contempo effetti favorevoli e sfavorevoli per il destinatario o favorevoli per quest'ultimo e sfavorevoli per un terzo.

Per entrambe le ipotesi si ritiene che la questione debba essere risolta ponendosi dal punto di vista dell'attore, che sarà libero di scegliere la forma di tutela più idonea a soddisfare l'interesse che assume leso: se con

¹¹⁶ Si consideri che la c.d. *fingierte Genehmigung* (autorizzazione fittizia), assimilabile al nostro *silenzio assenso*, viene configurata come atto amministrativo giuridicamente esistente dopo il decorso di un termine prestabilito e può costituire pertanto oggetto di un'azione di annullamento da parte di un terzo (il confinante, ad esempio, rispetto ad una autorizzazione edilizia fittizia). Se, invece, si sia di fronte ad un'attività edilizia libera e il progetto del costruttore violi le prescrizioni urbanistiche, il confinante – oltre a poter eventualmente agire nei confronti del privato davanti al tribunale ordinario – può utilizzare nei confronti dell'amministrazione solo la *Verpflichtungsklage* per ottenere una condanna della stessa ad adottare nei confronti del costruttore un *befehlender Akt* (in tal senso BVerwG, in *NJW*, 1997, p. 2063).

¹¹⁷ Vedi *infra* § 8.1.

¹¹⁸ Vedi *infra* § 8.2.

l'esercizio del diritto di azione voglia ottenere il ripristino dello *status quo ante*, vale a dire la rimozione dello svantaggio che lo ha posto in una situazione peggiore rispetto a quella in cui si trovava prima della emanazione dell'atto, l'azione da utilizzare sarà l'*Anfechtungsklage*; se, invece, rispetto alla posizione di partenza, miri a conseguire un vantaggio – che può anche consistere nella emanazione di un atto dichiarativo che conferma o certifica una situazione giuridica a lui favorevole – dovrà agire mediante la *Verpflichtungsklage*.

Tale prospettiva vale anche per i controinteressati: nei confronti del rilascio di un permesso di costruire illegittimo la domanda di tutela del proprietario confinante potrà, a seconda dei casi, essere soddisfatta da una sentenza costitutiva di annullamento del permesso medesimo o da una sentenza di condanna alla emanazione di un atto amministrativo, come, ad esempio, quello che ordini al vicino di installare sistemi di abbattimento delle immissioni rumorose, quando il permesso edilizio sia illegittimo per violazione delle prescrizioni in materia di inquinamento acustico.

Tuttavia proprio le ipotesi in cui l'azione sia intentata da un terzo controinteressato pongono problemi più complessi in ordine alla legittimazione ad agire. Si è già ricordato che questa è espressamente disciplinata dal § 42 II VwGO con riferimento alle due azioni di cui si tratta e che richiede che l'attore «faccia valere» di essere stato leso in un proprio diritto dall'atto amministrativo (o dal rifiuto o omissione dello stesso).

Solo per l'azione impugnatoria trova generale applicazione la c.d. *Adressatentheorie*, in base alla quale la legittimazione ad agire è sempre affermata per il destinatario dell'atto sfavorevole¹¹⁹. Per costui la «possibilità della lesione» si ritiene insita nel carattere gravoso dell'atto autoritativo: quand'anche questo non leda un singolo diritto fondamentale, inciderà quanto meno sul *diritto al libero sviluppo della personalità*, sancito dall'art. 2 I GG, dal quale si fa derivare il diritto (soggettivo pubblico) di libertà da coercizioni illegittimamente inferte dai pubblici poteri¹²⁰.

¹¹⁹ La teoria in questione si ritiene applicabile, in linea di massima, anche ad atti amministrativi generali, come alcuni piani urbanistici, quando i destinatari degli stessi siano circoscrivibili ad una cerchia identificata o identificabile di persone (ad esempio i soggetti gravati da vincoli di inedificabilità). Prevale l'opinione che essa non si applichi, invece, agli *atti generali reali*, privi di destinatari concreti, che regolano la fruizione di cose e sono correntemente collocati nell'ambito delle *Allgemeinverfügungen*, che il § 35 II 2 VwVfG qualifica come atti amministrativi (vedi *supra* § 5.1, nt. 83). Tuttavia in una sentenza recente il Tribunale amministrativo federale ha applicato la *Adressatentheorie* ai comandi e divieti derivanti dalla segnaletica stradale (BVerwG, in NJW, 2004, 698).

¹²⁰ L'art. 2 I afferma che «ciascuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, nella misura in cui non leda diritti altrui e non violi l'ordine costituzionale e la legge morale». Si osservi che la *Adressatentheorie* si applica anche al destinatario della revoca di un atto amministrativo favorevole, perché tale atto gli ha attribuito un diritto soggettivo pubblico che ora gli viene sottratto.

In termini analoghi si ragiona per la verifica della fondatezza dell'azione, per la quale il § 113 I VwGO richiede che l'atto sia illegittimo e che l'attore ne risulti leso in un suo diritto. Si sostiene, infatti, che la (accertata) oggettiva illegittimità, formale e/o sostanziale, di un atto «belastend» costituisce il sintomo della violazione di un diritto soggettivo pubblico del suo diretto destinatario e che risulti fondata, pertanto, la sua pretesa ad ottenerne l'annullamento. Tale pretesa potrà essere negata – e, quindi, l'azione essere rigettata come infondata – se l'atto sia affetto da vizi formali e si versi in una delle due ipotesi disciplinate, rispettivamente, dai §§ 45 e 46 VwVfG: l'amministrazione abbia sanato il vizio in sede di *Vorverfahren* o nel corso del giudizio (§ 45); il vizio formale non abbia influito sul merito della decisione adottata con l'atto impugnato o, comunque, l'amministrazione non avrebbe potuto assumere una decisione diversa da quella contestata (§ 46).

La pretesa all'annullamento non viene meno, invece, se il vizio consiste nell'uso illegittimo della discrezionalità attribuita all'amministrazione. Benché il § 114 VwGO limiti il sindacato del giudice nelle ipotesi in cui all'amministrazione medesima residui la scelta discrezionale tra più decisioni, eccettuata quella illegittima, in sede di *Anfechtungsklage* il tribunale deve sempre assumere una decisione definitiva (intermedia) e annullare l'atto¹²¹, non richiedendosi, in questi casi – diversamente da quanto si verifica, come si vedrà, per la *Verpflichtungsklage* – la necessità che la controversia sia *spruchreif* (matura per un verdetto definitivo).

La *Adressatentheorie* non trova applicazione, invece, negli atti con effetti doppi, per riconoscere la legittimazione ad agire del terzo sul quale ricadano gli effetti svantaggiosi di un atto (in ipotesi illegittimo) che favorisce il suo destinatario diretto. Proprio in quanto tale atto non colpisce immediatamente la sua sfera giuridica (di libertà), il terzo non potrà derivare direttamente da tale sfera protetta il diritto soggettivo pubblico da far valere come leso per chiedere l'annullamento. Dovrà affermare – salvo restando l'ulteriore piano di verifica della fondatezza delle sue asserzioni – la esistenza di un interesse (non di mero fatto, ma) giuridicamente protetto, che gli sia attribuito individualmente come proprio e dovrà rendere plausibile la probabilità della lesione del diritto medesimo da parte dell'atto presuntivamente illegittimo.

Salvo (rare) ipotesi in cui è lo stesso legislatore ad attribuire la legittimazione ad agire al di là di quanto richiesto dal § 42 II VwGO¹²² e in assenza di disposizioni specifiche che lascino chiaramente desumere l'appartenenza di un interesse giuridicamente protetto al terzo che ne fa valere la titolarità, continua a trovare applicazione in Germania, nonostante le

¹²¹ Vedi F. Hufen, cit., p. 413.

¹²² Alcuni esempi di espresso riconoscimento legislativo della legittimazione ad agire si possono vedere in F. Hufen, cit., p. 251 e 277 ss.

voci critiche¹²³, la teoria delle norme di tutela (*Schutznormtheorie*). Questa ha originato un'ampia e oscillante casistica giurisprudenziale, che, per la gran parte, ha cercato di far fronte al progressivo complicarsi dei rapporti sostanziali tra privati e pubbliche amministrazioni quando tali rapporti esulino dal più semplice e scandagliato schema bipolare per assumere dimensioni multipolari.

Non potendo, in questa sede, indugiare sulle specificità di tale indubbiamente interessante elaborazione giurisprudenziale, si può segnalare che i casi che maggiormente hanno occupato i tribunali hanno riguardato soprattutto la tutela dei confinanti rispetto al rilascio di permessi di costruire illegittimi, la tutela dei concorrenti, rispettivamente, nell'impiego pubblico, nelle autorizzazioni commerciali, nella concessione di sovvenzioni e nella partecipazione a gare pubbliche, nonché la tutela dalle immissioni provenienti da impianti pubblici o da insediamenti industriali¹²⁴.

Si possono ricordare, inoltre, sommariamente, i più diffusi criteri utilizzati dai tribunali amministrativi per affermare il carattere protettivo delle norme giuridiche.

Indici di protezione vengono talvolta ricavati dal tenore letterale delle disposizioni applicabili al caso concreto (il riconoscimento di un diritto di partecipazione procedimentale, ad esempio, costituisce un indizio della esistenza di un diritto soggettivo pubblico); più spesso sono desunti dal significato e dallo scopo della norma applicabile. A quest'ultimo proposito è richiesta la coesistenza di due elementi: la norma non deve rivolgersi ad una sfera eccessivamente ampia di destinatari, producendo solo un *effetto riflesso* sulla tutela degli interessi di un singolo soggetto; se si rivolga ad una cerchia circoscritta o almeno circoscrivibile di persone, è necessario ancora verificare se l'attore appartenga o meno ad essa, ovvero se lo scopo di tutela della norma sia (almeno anche) quello di proteggere gli interessi dell'attore medesimo.

Nei casi dubbi il carattere protettivo viene verificato attraendo la garanzia di singoli diritti fondamentali¹²⁵, anche sul presupposto che se dagli stessi sono deducibili obblighi di protezione dello stato (e della sua amministrazione) vi si debbono far corrispondere diritti di protezione dei

¹²³ Benché ampiamente diffusa e radicata in Germania, la teoria delle norme di protezione non è priva di oppositori; fortemente perplesso rispetto alle eccessivamente ampie ed altalenanti applicazioni giurisprudenziali nell'ambito della disciplina della tutela dell'ambiente, tra altri, A. Blankenagel, *Klagefähige Rechtspositionen im Umweltrecht*, «Die Verwaltung», 1993, p. 1 ss. Si veda inoltre, più ampiamente W. Bauer, *Altes und Neues zur Schutznormtheorie*, in *AöR*, 1988, p. 582 ss.

¹²⁴ Per più specifiche indicazioni si vedano T. Würtenberger, cit., p. 128 ss.; H. Maurer, cit., p. 167 ss.; F. Hufen, cit., p. 261 ss.

¹²⁵ La tutela del concorrente ad esempio, viene ricavata dalla giurisprudenza dal diritto di uguaglianza (art. 3 I GG) o anche dal diritto al libero sviluppo della personalità (art. 2 I GG): vedi *BVerwGE* 30, 191 e *BVerwG*, in *NVwZ*, 1984, p. 308 ss.

singoli; tale presupposto, peraltro, deve essere conciliato con il fatto che spesso la disciplina legislativa costituisce in realtà un compromesso tra interessi privati contrastanti, che possono essere tutti tutelati come diritti fondamentali¹²⁶.

7. Le azioni di condanna

Per grandi linee le azioni di condanna esperibili nel processo amministrativo tedesco si suddividono in due tipologie: la *Verpflichtungsklage*, utilizzabile nelle ipotesi in cui l'attore domanda la condanna dell'amministrazione alla emanazione di un atto amministrativo per lui favorevole, che gli è stato espressamente negato o sul rilascio del quale l'amministrazione ha omesso di pronunciarsi; la *Leistungsklage* se la domanda mira ad ottenere una condanna dell'amministrazione ad una determinata prestazione di fare, non fare o sopportare, che non comporta la emanazione di un atto amministrativo.

Ciascuna delle due tipologie si articola a sua volta in ulteriori sottotipi di azioni, distinte a seconda che si sia di fronte ad una espressa manifestazione di volontà negativa o ad una inerzia dell'amministrazione e a seconda che l'attore chieda una condanna positiva o negativa della stessa.

7.1 La *Verpflichtungsklage*

Diversamente dall'azione impugnatoria, la *Verpflichtungsklage* non appartiene alla tradizione più risalente del processo amministrativo tedesco.

Un'accreditata dottrina rileva la sua estraneità ad un modello di amministrazione come quello dello stato liberale, che, essendo chiamato ad assolvere prevalentemente a funzioni di ordine e sicurezza pubblici, contemplava interventi autoritativi nella sfera giuridica individuale (c.d. *Eingriffsverwaltung*), ma trascurava attività amministrative finalizzate a fornire prestazioni o altro genere di vantaggi ai cittadini (c.d. *Leistungsverwaltung*); sottolinea, inoltre, che, in quel contesto storico, prevaleva lo schema atzizio del *permesso con riserva di divieto* e che nei confronti di un divieto non potesse immaginarsi altro che un'azione difensiva ed una sentenza con effetti di tipo esclusivamente cassatorio¹²⁷.

¹²⁶ In particolare, con riferimento alla tutela del diritto fondamentale di proprietà ex art. 14 I GG si vedano le interessanti considerazioni di R. Wahl, *Die doppelte Abhängigkeit des subjektiven öffentlichen Rechts*, in *DVBl*, 1996, p. 642 ss.

¹²⁷ In tal senso F. Hufen, cit., p. 295. La distinzione tra *Eingriffs* - e *Leistungsverwaltung* è stata sottoposta a numerose critiche, non da ultimo per la odierna difficoltà di tracciare una precisa linea di confine tra i due tipi di attività dell'amministrazione; viene per lo più mantenuta per indicare, in generale, gli opposti effetti, limitativi o vantaggiosi, che possono derivare dalle attività medesime: cfr., per tutti, H. Maurer, cit., p. 6 ss.

La stessa dottrina ritiene che gli ordinamenti contemporanei abbiano reagito al progressivo aumento dei conflitti sociali e del potenziale di rischio insito in un numero crescente di attività economiche incrementando le ipotesi in cui la realizzazione di determinati progetti da parte dei privati è subordinata a requisiti e condizioni, la cui esistenza deve essere previamente verificata dall'amministrazione mediante *Kontrollerlaubnis* (permessi [in funzione] di controllo). In questo diverso contesto lo schema attizio prevalente si è rovesciato in quello del *divieto con riserva di permesso*. Benché non si possa dubitare che il diniego del permesso – o la sua mancanza per l'inerzia serbata dell'amministrazione sulla richiesta presentata dal privato – si configurino come *svantaggiosi* per il cittadino, la domanda di tutela che egli esprime non ha come obiettivo la rimozione di un simile svantaggio, bensì il conseguimento dell'atto illegittimamente negato, che solo è in grado di garantirgli (il ripristino del)la libertà di agire¹²⁸.

Per rispondere a tale diversa domanda di tutela il § 42 I VwGO ha predisposto un'apposita azione, la *Verpflichtungsklage*, a sua volta articolata in due sottotipi¹²⁹: la *Versagungsgegenklage* (azione contro il rifiuto), che costituisce la risposta ad un esplicito atto negativo dell'amministrazione, che respinge, in tutto o in parte, la richiesta di adozione di un atto amministrativo favorevole per l'attore e la *Untätigkeitsklage* (azione contro l'inerzia) riservata ai casi in cui l'amministrazione medesima, senza un motivo sufficiente, non abbia risposto, entro un termine ragionevole, alla suddette richiesta del privato oppure non si sia pronunciata sul ricorso amministrativo.

Le due azioni si differenziano tra loro essenzialmente per il fatto che nella seconda manca un atto amministrativo; questa non è sottoposta, pertanto, al termine decadenziale dell'azione impugnatoria, che vale anche per la *Versagungsgegenklage*, né richiede il previo esperimento del *Vorverfahren*¹³⁰.

Se non esistono circostanze di particolare urgenza che impongano un termine più breve, l'azione contro l'inerzia può essere proposta, secondo quanto stabilisce espressamente il § 75 VwGO, non prima di tre mesi dalla richiesta di emanazione dell'atto (o dalla presentazione del ricorso amministrativo); la norma non prevede un termine finale, ma la prassi giurisprudenziale si è attestata sul termine annuale, come parametro per affermare la mancanza dell'interesse ad agire¹³¹.

¹²⁸ Vedi F. Hufen, cit. e H. Maurer, cit., p. 219 ss.

¹²⁹ Non si tratta, infatti, di azioni autonome, ma ricadenti nell'ambito della *Verpflichtungsklage* e tenute distinte per le differenze di cui si parla nel testo.

¹³⁰ Questo è invece presupposto di ammissibilità della *Versagungsgegenklage*, alla quale si deve ricorrere anche quando l'amministrazione abbia risposto solo in parte alla richiesta dell'interessato o abbia rilasciato un'autorizzazione con un contenuto in tutto o in parte diverso da quello richiesto.

¹³¹ Anche per la *Untätigkeitsklage*, come per le altre azioni in cui manca un atto amministrativo, l'interesse ad agire può essere escluso non soltanto allorché l'attore

Sebbene il previo esperimento del *Vorverfahren* non costituisca presupposto di ammissibilità dell'azione in discorso, può ugualmente essere espletato in due ipotesi: su istanza dell'attore che ritenga per lui controproducente la mancanza di un controllo interno di legittimità e di merito da parte dell'amministrazione e chiedi al tribunale la sospensione del processo in attesa della decisione sul ricorso amministrativo; se l'amministrazione adduca in giudizio motivi che il tribunale reputi sufficienti a giustificare il ritardo, così da sospendere anche in questo secondo caso il procedimento giurisdizionale, assegnando all'amministrazione un termine entro il quale decidere sul ricorso.

La legittimazione ad agire, per entrambe le forme di *Verpflichtungsklage*, è prevista dal § 42 II VwGO, che non la fonda, in realtà, sulla pretesa positiva dell'attore ad ottenere un atto amministrativo, ma su di una struttura non dissimile dalla legittimazione ad agire mediante l'azione di annullamento. La norma richiede, infatti, che l'attore faccia valere di essere stato leso in un suo diritto dal rifiuto o dall'omissione di un atto amministrativo.

Ciò nonostante, la domanda di tutela è rivolta ad ottenere la condanna dell'amministrazione alla adozione di un provvedimento che deve avere i connotati richiesti dalla definizione del § 35 VwVfG¹³² e configurarsi come favorevole per l'attore nei termini indicati dal § 48 I VwVfG¹³³. Neanche l'azione *contro il rifiuto*, a dispetto della locuzione utilizzata per indicarla, ha ad oggetto l'atto amministrativo negativo; secondo una opinione dottrinale essa non contiene neanche in parte un *petitum* di annullamento¹³⁴, sebbene, per ragioni di chiarezza giuridica, spesso la sentenza di condanna dichiara anche l'annullamento del diniego e della eventuale relativa decisione sul ricorso amministrativo.

Per essere legittimato ad agire, l'attore deve asserire di essere leso in un suo diritto soggettivo pubblico; tuttavia, diversamente da quanto si verifica per l'azione impugnatoria, non può derivarlo dal fatto di essere destinatario diretto dell'atto di rifiuto, benché questo possa astrattamente configurarsi come *svantaggioso*. Non trova applicazione, infatti, per l'azione in discorso la *Adressatentheorie* e neanche il generale e residuale aggancio alla libertà da illegittime coercizioni da parte dei poteri pubblici che, si è visto, viene ricavato dall'art. 2 I GG¹³⁵.

potrebbe raggiungere il risultato in modo più semplice, ma anche quando abbia lasciato trascorrere un lasso di tempo irragionevolmente lungo per esercitare il diritto di azione.

¹³² Vedi *supra*, § 5.1. La nozione di *Verwaltungsakt* del § 35 VwVfG serve anche a delimitare la *Verpflichtungsklage* dalle altre azioni di condanna che si vedranno nei paragrafi successivi.

¹³³ Si veda quanto detto in proposito nel § 6.1.

¹³⁴ Vedi tra molti, F. Hufen, cit., p. 296; *contra* T. Würtenberger, cit., p. 146, secondo il quale l'annullamento sarebbe richiesto dal contenuto in parte costitutivo alla sentenza di condanna e da una esigenza di certezza giuridica.

¹³⁵ Cfr. F. Hufen, cit., p. 253 ss.

Fermo restando che in sede di verifica della legittimazione ad agire – e, quindi, in punto di ammissibilità, non di fondatezza dell'azione – è sufficiente che l'attore faccia valere la *possibilità* (non la effettività) della lesione di un proprio diritto, è necessario pur sempre che egli non si richiami a semplici aspettative di fatto o a pretese manifestamente e inequivocabilmente escluse dall'ordinamento giuridico.

Deve fare riferimento ad una pretesa *plausibilmente* riconosciutagli, che asserisca fondata su una specifica e concreta disposizione legislativa, su una norma di protezione o su una posizione giuridica protetta come diritto fondamentale, anche eventualmente connessa alla violazione del diritto di uguaglianza; può inoltre derivarla da un precedente impegno assunto dall'amministrazione con un atto amministrativo (c.d. *Zusicherung*) o con un contratto di diritto pubblico; non dovrà, inoltre, essere palesemente escluso che il diniego o l'omissione dell'atto richiesto siano illegittimi e perciò ledano la plausibile pretesa dell'attore.

L'azione sarà fondata, ai sensi del § 113 V VwGO, se, sulla base del diritto sostanziale, il diniego o l'omissione siano effettivamente illegittimi e abbiano perciò leso la pretesa effettivamente attribuita all'attore ad ottenere l'atto richiesto. Esistendo entrambi tali presupposti, il tribunale condannerà l'amministrazione all'adozione dell'atto.

Tuttavia, se la decisione sul rilascio dell'atto richiesto si configuri come discrezionale, il giudice, secondo quanto dispone lo stesso § 113 IV VwGO, dovrà limitarsi ad ordinare all'amministrazione di pronunciarsi (nuovamente) nei confronti dell'attore, rispettando l'opinione giuridica espressa dal tribunale (c.d. *Bescheidungsurteil*)¹³⁶.

In presenza di un potere discrezionale, infatti, il § 114 VwGO limita il controllo giurisdizionale alla verifica che il diniego o l'omissione dell'atto siano illegittimi perché l'amministrazione ha superato i limiti legislativi della discrezionalità o l'ha esercitata in contrasto con il fine per cui le era stata attribuita. Anche in questi casi, peraltro, il tribunale, in forza del principio inquisitorio, deve adoperarsi per acquisire tutti i presupposti di fatto e di diritto che rendano la lite *spruchreif*, ovvero matura per un verdetto definitivo del tribunale medesimo¹³⁷. Se malgrado ciò non si ottenga il risultato di circoscrivere la discrezionalità originaria in modo tale che all'amministrazione rimanga soltanto una scelta legittima possibile (c.d. discrezionalità ridotta a zero)¹³⁸ e, al contrario, la decisione da assumere sulla controversia dipenda da questioni sulle quali all'amministrazione

¹³⁶ In tali casi, secondo alcuni Autori, si configurerebbe un terzo sottotipo di *Verpflichtungsklage*, definita *Bescheidungsklage* (T. Würtenberger, cit., p. 147); contra F. Hufen, cit., p. 301, che nega anche che si possa parlare di un'autonoma *Klage auf Ausübung des Ermessen* (azione per l'esercizio della discrezionalità).

¹³⁷ Vedi *BverwGE* 69, 198, 201.

¹³⁸ Cfr. T. Würtenberger, cit., p. 155; F. Hufen, cit., p. 462 ss., H. Maurer, cit., p. 270 ss.

residuino ancora più scelte discrezionali o un ambito di valutazione derivante dall'applicazione di concetti giuridici indeterminati, la causa non potrà considerarsi *spruchreif*. Ciò significa che se e fino a che l'amministrazione ha la possibilità di adottare più di una decisione (legittima) il tribunale, non potendo invadere tale ambito, non può assumere una decisione definitiva sul merito della controversia.

In tali casi, pertanto, conviene all'attore limitarsi a chiedere un *Bescheidungsurteil*, dal momento che se pretendesse la emanazione di una sentenza di condanna all'adozione dell'atto discrezionale cui aspira estenderebbe la domanda al di là di quanto il tribunale può riconoscergli in base al § 113 V VwGO, risultando soccombente sotto tale profilo, con il rischio di possibili conseguenze in ordine al pagamento delle spese processuali ex § 155 I VwGO¹³⁹.

Sembra doversi quanto meno segnalare, pur non potendo qui approfondirne le problematiche, che nei confronti delle decisioni discrezionali si ritiene correntemente che il cittadino vanti un *Anspruch auf eine fehlerfreie Ermessensentscheidung*. Non si tratta, secondo la dottrina e giurisprudenza prevalenti, di un generale *diritto ad una decisione discrezionale non viziata*, ma questo esiste solo se la norma su cui si fonda il potere discrezionale si configuri come *norma di tutela* (*Schutznorm*), ovvero abbia tra i suoi scopi (almeno anche) quello di garantire all'attore una tutela individuale. Solo in questo caso egli potrà vantare una pretesa all'esercizio legittimo del potere discrezionale e, segnatamente, una pretesa a che l'amministrazione acquisisca alla ponderazione discrezionale che dovrà effettuare, anche il suo interesse ad ottenere l'atto favorevole¹⁴⁰.

Una parte della dottrina processualistica, peraltro, esclude che tale pretesa possa considerarsi isolatamente come posizione soggettiva autonoma che fronteggia il potere discrezionale; sostiene invece che anche dalla casistica giurisprudenziale essa è sempre collegata ad altre pretese sostanziali riconosciute dalla legge, le quali ultime, in realtà, fondano la legittimazione ad agire, ragione per cui un diritto a decisioni discrezionali prive di vizi, in definitiva, non sarebbe affatto necessario¹⁴¹.

¹³⁹ Sebbene di regola l'amministrazione convenuta sia tenuta al pagamento delle spese processuali anche nelle ipotesi di cui si parla nel testo, la giurisprudenza, per un verso ha implicitamente affermato che, proprio con riferimento alle spese processuali, non si possa pretendere dall'attore di estendere l'azione al di là di quanto può concretamente ottenere (BVerwG, in NVwZ, 1991, p. 1181) e per un altro, che l'attore medesimo deve evitare il rischio di sopportare tali spese limitandosi a chiedere una *Bescheidungsurteil* (BVerwGE, 80, 270).

¹⁴⁰ Per più specifici riferimenti ai casi in cui la giurisprudenza ha riconosciuto la pretesa in questione si veda H. Maurer, cit., p. 173 ss.; T. Würtenberger, cit., p. 152.

¹⁴¹ In tal senso testualmente F. Hufen, cit., p. 305; sembra invece attribuire all'*Anspruch auf eine fehlerfreie Ermessensentscheidung* la connotazione di autonoma pretesa sostanziale H. Maurer, cit.

7.2 *Le altre azioni di condanna: allgemeine Leistungsklage e Unterlassungsklage; la vorbeugende Unterlassungsklage*

Se la domanda di tutela ha ad oggetto una condanna dell'amministrazione che non si sostanzia della emanazione di un atto amministrativo – o della variante del *Bescheidungsurteil* – sono esperibili altre azioni, alle quali la VwGO si riferisce in alcune disposizioni (§§ 43 II, 111 e 113 IV), senza tuttavia prevederne un'apposita disciplina. Malgrado ciò, esse hanno assunto una rilevanza nient'affatto secondaria nel processo amministrativo, dove sono state chiamate a rispondere a domande di tutela diverse¹⁴², in relazione alle quali si articolano nelle tre tipologie che si sta per esporre¹⁴³.

La prima di tali tipologie è l'*allgemeine Leistungsklage*, con la quale si mira ad ottenere una condanna positiva dell'amministrazione¹⁴⁴, ad assumere atti(vità) che si configurino come esclusivamente materiali, come, ad esempio, la consegna di cose determinate, il pagamento di somme di denaro, l'accesso a informazioni, atti e documenti, la riparazione di una strada, l'assistenza a portatori di handicap, la ritrattazione di dichiarazioni lesive dell'onore o di avvertenze e informazioni errate su determinati prodotti, la correzione di giudizi o voti sbagliati ecc.¹⁴⁵.

Questa è anche l'azione da utilizzare per chiedere la condanna all'adempimento di una prestazione oggetto di un *contratto di diritto pubblico*, concluso secondo quanto previsto dalla legge sul procedimento amministrativo (§§ 54 ss. VwVfG). Ancora una *allgemeine Leistungsklage* viene in gioco quando si chiedi la condanna alla rimozione delle conseguenze dannose prodotte dalla esecuzione di un atto amministrativo illegittimo (c.d. *Vollzugs-Folgenbeseitigungsanspruch*) e, più in generale, delle conseguenze illecite derivanti da qualsiasi condotta e attività reale dell'amministrazione disciplinata dal diritto pubblico, quando il ripristino dello *status quo ante* non richiedi la emanazione di atti amministrativi¹⁴⁶. Per

¹⁴² Configura l'azione generale di condanna come arma processuale con più finalità U. Steiner, *Die allgemeine Leistungsklage im Verwaltungsprozeß*, in *JuS*, 1984, p. 853.

¹⁴³ Tutti i sottotipi di azioni che si collocano nell'ambito della *Leistungsklage*, non chiamando in gioco un atto amministrativo, non sono sottoposti a termini di decadenza e non richiedono il previo esperimento del *Vorverfahren*. Fanno eccezione le azioni di condanna intentate da un funzionario nei confronti dell'amministrazione, che devono essere precedute dal ricorso amministrativo, secondo quanto previsto dalla legge quadro sui funzionari (§ 126 III BRRG).

¹⁴⁴ Sebbene non vi si faccia riferimento nel testo, azioni di condanna possono essere esperite anche dall'amministrazione nei confronti del cittadino, così come da un ente pubblico nei confronti di un altro.

¹⁴⁵ Gli esempi indicati nel testo corrispondono ad alcuni dei casi trattati dalla giurisprudenza; per ulteriori riferimenti si veda F. Hufen, cit., p. 320 ss.

¹⁴⁶ Su tale tematica sia consentito rinviare a M. Carrà, *Risarcimento del danno in forma specifica e Folgenbeseitigung: le frontiere mobili della responsabilità pubblica tra annullamento dell'atto e risarcimento per equivalente*, in *Dir. Amm.*, 2004, p. 783 ss.

evidenti ragioni di economia processuale, che evitano che l'attore debba sobbarcarsi un doppio processo, il § 113 VwGO prevede espressamente, al primo comma, che la richiesta di rimozione delle conseguenze provocate dalla esecuzione di un atto amministrativo illegittimo possa essere collegata all'azione impugnatoria¹⁴⁷.

Una parte della dottrina, come si vedrà, configura come *allgemeine Leistungsklage* anche l'azione diretta ad ottenere la condanna alla emanazione di una norma giuridica secondaria (*Normerlaßklage*)¹⁴⁸.

Per quanto riguarda la legittimazione ad agire, prevale l'opinione che si applichi analogicamente il § 42 II VwGO¹⁴⁹ secondo i criteri in precedenza ricordati¹⁵⁰.

Anche l'interesse ad agire segue le regole ordinarie; qui può essere escluso, peraltro, se l'attore, prima di intentare l'azione non abbia formalmente richiesto all'amministrazione la prestazione dovuta¹⁵¹.

Quanto all'esame della fondatezza dell'azione, alle ipotesi in cui la controversia non sia *spruchreif*, si applica analogicamente il § 113 V VwGO, con la conseguenza che si otterrà dal tribunale un *Bescheidungsurteil* e non una sentenza di condanna alla prestazione cui si aspira

Alle domande di tutela aventi ad oggetto una condanna negativa dell'amministrazione, ad astenersi dall'assumere o ad interrompere una determinata attività materiale, da cui l'attore si assuma lesa, è chiamata a rispondere la *Unterlassungsklage*.

L'importanza pratica di tale azione viene ricavata soprattutto dal diffondersi di una prassi amministrativa sempre più propensa a sostituire attività formali, con attività informali, spesso consistenti in diffusione di dati, informazioni, raccomandazioni o giudizi di valore che possono risultare lesivi di diritti dei privati in misura se non superiore certo non inferiore a quella che deriva da attività giuridiche formalizzate¹⁵².

¹⁴⁷ Su richiesta dell'attore il tribunale può pronunciarsi sul se e come l'amministrazione debba rimuovere le conseguenze dell'esecuzione di un atto amministrativo illegittimo anche se sia stata intentata la *Fortsetzungsfeststellungsklage*, di cui si dirà nel § 8.3.

¹⁴⁸ Vedi *infra* § 9.1.

¹⁴⁹ Cfr. U. Steiner, *Die allgemeine Leistungsklage im Verwaltungsprozeß*, cit., p. 853; BVerwGE 36, 192, 199; 99, 64

¹⁵⁰ F. Hufen, cit., p. 322 afferma che il presupposto della legittimazione ad agire non debba essere applicato neanche per la *Leistungsklage* in modo rigoroso ed essere escluso solo se sia evidente che la pretesa dell'attore è totalmente priva di fondamento. In tal senso, del resto sembra orientata anche la giurisprudenza: vedi BVerwGE 36, 192, 199; 44, 1, 3.

¹⁵¹ Più ampiamente sul punto F. Hufen, cit., p. 481 ss.

¹⁵² Sottolinea in modo particolare l'importanza di questa azione F. Hufen, cit., p. 309 ss., al quale si rinvia per ampi riferimenti ai casi decisi dalla giurisprudenza (p. 311). L'A. sostiene la vicinanza strutturale della *Unterlassungsklage* con l'azione impugnatoria, più che con l'azione di condanna, anche per quanto concerne la verifica della fondatezza. Nondimeno critica quella parte della giurisprudenza che ne

La *Unterlassungsklage* ha assunto, inoltre, un significato decisivo rispetto alla possibilità di ottenere la inibizione di immissioni provenienti da impianti pubblici o da impianti realizzati o esercitati in contrasto con le norme sulla tutela dall'inquinamento. Anche per tali ipotesi, peraltro, sarà sempre necessario verificare se l'azione più adeguata sia effettivamente quella di cui si tratta; non lo sarebbe, ad esempio, se l'impianto fosse esercitato secondo modalità stabilite da una autorizzazione illegittima – nel qual caso bisognerebbe agire con l'azione impugnatoria per ottenerne l'annullamento – o se si volesse ottenere la rimozione dell'impianto, nel qual caso bisognerebbe esperire un'azione di condanna alla emanazione di un atto sanzionatorio.

In tutti i casi, la *Unterlassungsklage* deve avere un oggetto che presenti requisiti di concretezza tali da poter costituire oggetto di una sentenza di condanna ad un non fare specifico. Tale condanna, di regola, sarà rivolta al futuro, in quanto mira a prevenire o ad inibire un'attività che l'amministrazione prevedibilmente porrà o continuerà a porre in essere.

Dopo alcune incertezze iniziali, dottrina e giurisprudenza sono arrivate alla conclusione che sia ammissibile un'azione preventiva di condanna negativa – la c.d. *vorbeugende Unterlassungsklage* – quando il suo oggetto è costituito dalla inibizione della emanazione di atti giuridici, amministrativi e normativi, che minaccino di ledere un diritto dell'attore.

Le incertezze sulla ammissibilità di un'azione di questo genere sono state determinate, in parte, dalla idea più tradizionale che il principio della divisione dei poteri richiederebbe una tutela sempre successiva rispetto agli atti amministrativi (e normativi), per evitare una ingerenza del giudice nel procedimento amministrativo eventualmente in corso.

Si è dubitato, inoltre, della stessa utilità di una *vorbeugende Unterlassungsklage*, dal momento che il soggetto leso dispone di azioni specifiche che lo tutelano: l'azione impugnatoria, già esaminata, se si tratta di un atto amministrativo e la *Normenkontrolle*, che si vedrà¹⁵³, se si tratta di un atto di normazione secondaria. Ancorché tali azioni offrano una tutela solo successiva, i rischi che possono derivare dalla emanazione dell'atto sono comunque arginabili con i procedimenti cautelari previsti, rispettivamente, dai §§ 80 I e 47 VI VwGO¹⁵⁴.

Si è anche affermato che sottoporre ad un controllo giurisdizionale anticipato un'attività dell'amministrazione del cui effettivo esito non si può neanche essere del tutto certi contrasta con ragioni di economia processuale; ammettere un'azione inibitoria preventiva, significherebbe, non da ultimo, rendere superflua la stessa tutela cautelare.

restringe l'applicazione estendendo inopinatamente la nozione di atto amministrativo. In generale, sui problemi sollevati dalla estensione del fenomeno della prassi informale delle amministrazioni, soprattutto con riferimento ad alcune attività economiche e alla tutela dell'ambiente, si veda H.G. Henneke, *Informelles Verwaltungshandeln im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht*, in NuR, 1991, p. 267 ss.

¹⁵³ Vedi *infra* § 9.

¹⁵⁴ Vedi *supra* § 5.2.

Tuttavia, la prassi giurisprudenziale ha fatto emergere casi che hanno messo in discussione gli assunti più tradizionali e hanno fugato dubbi e perplessità.

Si tratta di casi, tuttavia considerati eccezionali, nei quali né il procedimento giurisdizionale sulla questione principale né i procedimenti di tutela provvisoria sono in grado di garantire una tutela tempestiva e, quindi, effettiva. Tali ipotesi riguardano essenzialmente atti amministrativi di tipo sanzionatorio, ad efficacia istantanea o comunque circoscritta ad un brevissimo lasso temporale o ancora atti che se venissero in essere avrebbero conseguenze così pesanti per l'attore da non poter pretendere che questi «aspetti» che si verifichino per potersi tutelare¹⁵⁵.

Per quanto riguarda gli atti normativi l'azione inibitoria preventiva ha avuto alcune applicazioni soprattutto prima della estensione della tutela cautelare alla *Normenkontrolle* operata dal § 47 VI VwGO¹⁵⁶. Più recentemente la giurisprudenza è maggiormente orientata ad ammettere in tali casi l'azione preventiva di accertamento (*vorbeugende Feststellungsklage*), di cui si dirà in seguito.

Sembra pacifico, peraltro, che la *vorbeugende Unterlassungsklage* trovi spazio nel processo amministrativo solo in considerazione della eccezionalità del caso specifico e, comunque, in via sussidiaria sia rispetto alla tutela (successiva) offerta dall'*Anfechtungsklage* e dalla *Normenkontrolle* che rispetto alla tutela provvisoria ottenibile sulla base dei §§ 80 I e 47 VI VwGO. Ciò comporta che l'attore dimostri l'esistenza di un interesse qualificato per la proponibilità dell'azione, ovvero che le conseguenze di fatto dell'atto temuto siano già così rilevanti che neanche il rimedio cautelare riuscirebbe ad evitare un pregiudizio irreparabile ed è perciò necessario anticipare la tutela giurisdizionale ad un momento precedente la stessa decisione dell'amministrazione¹⁵⁷.

8. Le azioni di accertamento

Tra le azioni dichiarative esperibili nel processo amministrativo tedesco, una prima tipologia ha ad oggetto l'accertamento della esistenza

¹⁵⁵ Si veda, ad esempio VGH München, in *NJW*, 1986, p. 3221, dove una *vorbeugende Unterlassungsklage* è stata ritenuta ammissibile quando la preannunciata proibizione dell'esercizio un'attività professionale o dell'assunzione di un determinato impiego, se venisse in essere metterebbe a repentaglio la stessa esistenza professionale dell'attore. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali si rinvia a F. Hufen, cit., p. 313 ss.

¹⁵⁶ Vedi *BVerwGE* 40, p. 323 ss. relativa ad una azione inibitoria preventiva contro la emanazione di un piano urbanistico e, per ulteriori riferimenti, T. Würtenberger, cit., p. 315.

¹⁵⁷ Si vedano, più ampiamente F. Hufen, cit., p. 317 ss. e T. Würtenberger, cit., p. 213 ss.

o inesistenza di un rapporto giuridico e comprende un'azione generale (*allgemeine Feststellungsklage*), disciplinata dal § 43 VwGO e un'azione preventiva (c.d. *vorbeugende Feststellungsklage*), che non è espressamente disciplinata e presenta confini piuttosto incerti sia rispetto all'azione generale che rispetto alle azioni di condanna e, in particolare, rispetto alla *vorbeugende Unterlassungsklage*.

Una seconda tipologia ha ad oggetto un atto amministrativo; anch'essa si articola a sua volta in due azioni: l'azione di accertamento della nullità di un atto amministrativo (*Nichtigkeitsfeststellungsklage*), disciplinata dal § 43 VwGO e l'azione prevista dal § 113 I VwGO, diretta a far dichiarare la illegittimità di un atto amministrativo che ha esaurito i suoi effetti nel corso di un giudizio (*Fortsetzungsfeststellungsklage*); si vedrà peraltro che quest'ultima può essere utilizzata anche se manchi un atto amministrativo e anche a prescindere da un giudizio in corso.

Per la proponibilità di tutte le azioni sopra nominate¹⁵⁸ è necessario un interesse ad agire qualificato (*berechtigtes Interesse*), che giustifichi l'accertamento richiesto.

Salve le precisazioni che si faranno per i casi in cui venga in discussione un atto amministrativo, le azioni in parola non sono sottoposte ad un termine di decadenza, né richiedono il previo esperimento del *Vorverfahren*¹⁵⁹.

8.1 L'allgemeine Feststellungsklage

L'*allgemeine Feststellungsklage* mira ad ottenere una sentenza dichiarativa della esistenza o inesistenza di un rapporto giuridico controverso e/o dei relativi diritti ed obblighi.

Il § 43 VwGO subordina la proponibilità di tale azione a due condizioni, integrative entrambe dell'interesse ad agire: un interesse qualificato (*berechtigtes Interesse*) al sollecito accertamento (*baldige Feststellung*) (I comma) e l'attuale o precedente impossibilità per l'attore di perse-

¹⁵⁸ In forza del rinvio residuale alla ZPO, contenuto nel già ricordato § 173 VwGO, anche nel processo amministrativo può essere utilizzata l'azione, disciplinata dal § 256 II ZPO, di accertamento incidentale della esistenza o inesistenza di un rapporto giuridico emerso come controverso nel corso del processo e dal quale dipenda in tutto o in parte la decisione sulla questione principale; tale azione, che non sarà esaminata nel testo, ha lo scopo di estendere il giudicato anche al rapporto divenuto incerto, che potrebbe altrimenti non costituire oggetto della decisione sulla questione principale. Per approfondimenti si rinvia a F. Hufen, cit., p. 354; secondo l'A. solo l'azione di accertamento incidentale e l'*allgemeine Feststellungsklage* hanno natura di vere e proprie azioni di (mero) accertamento, mentre la *vorbeugende Feststellungsklage* si dovrebbe risolvere in un'azione di condanna negativa e quelle che riguardano un atto amministrativo non si configurano come azioni autonome (ivi, p. 325).

¹⁵⁹ Una eccezione è prevista dal § 126 III BRRG per le controversie che riguardano l'accertamento del rapporto con i funzionari pubblici.

guire i propri interessi mediante un'azione costitutiva o di condanna (II comma)¹⁶⁰.

In parte assimilabili a quelle esistenti per le azioni di accertamento del processo civile, tali limitazioni non hanno impedito alla giurisprudenza, nonostante le molte perplessità manifestate dalla dottrina, di ammettere con una certa larghezza il ricorso all'*allgemeine Feststellungsklage*.

A favore dell'ampliamento dell'uso di tale azione sembrano aver giocato ragioni di ordine diverso. In primo luogo, la stessa difficoltà di delimitare i confini della nozione di *rapporto amministrativo*, rispetto alla definizione corrente di *relazione giuridica con una persona o una cosa, che deriva da un concreto stato dei fatti sulla base di una norma giuridica di diritto pubblico*, evidentemente suscettibile di essere applicata a qualsiasi tipo di controversia tra cittadini e pubbliche amministrazioni. Il rapporto di cui si chiede l'accertamento, inoltre, può intercorrere tra attore e amministrazione convenuta, ma può riguardare anche quest'ultima ed un soggetto terzo, quando tale rapporto condizioni i diritti dell'attore; può scaturire da un contratto di diritto pubblico o da un atto amministrativo, ma può anche farsi derivare da una norma giuridica. Soprattutto quest'ultima ipotesi ha amplificato la versatilità dell'*allgemeine Feststellungsklage* e i conseguenti rischi di assunzione, da parte del giudice, della impropria veste di consulente giuridico, benché sia consolidata e generalizzata la convinzione che ad un tribunale non possano essere sottoposte questioni di astratta interpretazione delle norme¹⁶¹, ma di applicazione delle stesse a rapporti giuridici che abbiano un sufficiente grado di concretezza¹⁶².

Le potenzialità espansive dell'azione di cui si tratta non sembrano limitate, inoltre, dalla prima delle condizioni previste dal § 43 I VwGO, ovvero dalla compresenza del requisito soggettivo del *berechtigtes Interesse* e di quello oggettivo-temporale della sua permanenza al momento dell'accertamento del giudice (*baldige Feststellung*)¹⁶³. Il requisito soggettivo, infatti, è meno restrittivo sia del *rechtliches Interesse* (interesse giuridico) voluto dal § 256 ZPO per le azioni dichiarative del processo civile, sia del diritto soggettivo pubblico richiesto dal § 42 II VwGO per la legittimazione ad agire nelle altre azioni del processo amministrativo. Vi si fa corrispondere un interesse protetto dall'ordinamento e i parametri utilizzati per riconoscerne la protezione – come, ad esempio, quelli della meritevolezza della

¹⁶⁰ Il § 43 II, tuttavia, esclude espressamente il carattere sussidiario dell'accertamento per l'azione dichiarativa della nullità di un atto amministrativo, della quale si dirà di seguito nel testo.

¹⁶¹ Vedi *BVerwGE* 14, 235; 77, 207; 100, 262.

¹⁶² Per indicazioni specifiche sui casi in cui la giurisprudenza ha affermato o negato la concretezza del rapporto giuridico di cui si chiede l'accertamento, si rinvia a F. Hufen, cit., p. 329 ss.

¹⁶³ La duplice componente soggettiva e temporale dell'interesse all'accertamento è interpretata dalla dottrina come finalizzata allo scopo di non far trascinare la funzione giudicante in una consultiva o informativa (F. Hufen, cit., p. 332).

tutela o della ragionevole ponderazione dell'interesse dell'attore – sono a maglie sufficientemente larghe da includere interessi economici, personali, culturali e ideali, purché differenziati rispetto a quelli della generalità degli altri soggetti dell'ordinamento e suscettibili di essere tutelati dall'accertamento nel momento in cui questo viene dichiarato dalla sentenza¹⁶⁴.

La compresenza delle componenti soggettiva e oggettiva-temporale, unitamente alla sufficiente concretezza del rapporto giuridico controverso, rendono superflua, secondo la dottrina prevalente, l'indagine sulla legittimazione ad agire, sventando di per sé il rischio di un'azione popolare¹⁶⁵.

L'incremento dell'*allgemeine Feststellungsklage*, peraltro, è dipeso soprattutto dalla interpretazione restrittiva che la giurisprudenza ha dato del vincolo di sussidiarietà che, ex § 43 II VwGO, grava sulle azioni di accertamento del processo amministrativo, non diversamente da quelle del processo civile, ex § 256 ZPO. Il Tribunale amministrativo federale, infatti, ha riferito tale vincolo alle sole azioni che chiamano in causa un atto amministrativo, sostenendo che lo scopo del § 43 II sarebbe quello di evitare che vengano aggirati gli specifici presupposti che valgono per queste azioni¹⁶⁶ e tale scopo ne escluderebbe la estensione, in particolare, alla *Leistungsklage* ed ai suoi sottotipi.

La Corte amministrativa federale ha supportato tale interpretazione con la c.d. *Ehrenmanntheorie* (teoria dell'uomo d'onore), che può essere sintetizzata come segue. Una sentenza dichiarativa lascia all'amministrazione spazi di manovra indubbiamente più ampi di una sentenza di condanna; tuttavia, in ordine alla situazione giuridica accertata in via definitiva dal tribunale, la prima racchiude comunque un contenuto vincolante, al quale si deve presumere che l'amministrazione si attenga in forza del vincolo al rispetto del diritto ad essa direttamente imposto dall'art. 20 III GG; del tutto superflua risulta, pertanto, la pressione esecutoria che fisiologicamente si connette alle sentenze di condanna; per converso, un'azione di accertamento ha il vantaggio di sgravare i tribunali da numerose azioni di condanna¹⁶⁷.

Tale approccio giurisprudenziale è stato aspramente criticato dalla dottrina, che lo ha ritenuto apertamente evasivo del disposto del § 43 II

¹⁶⁴ Si veda, ad esempio, *BVerwGE* 84, 306, dove si afferma che l'accertamento richiesto «deve essere idoneo a migliorare la posizione dell'attore dal punto di vista giuridico, economico o ideale».

¹⁶⁵ Vedi T. Württemberg, cit, p. 187 e F. Hufen, cit., p. 333. La giurisprudenza, invece, si è mossa per lo più in senso contrario, ritenendo di dover applicare analogicamente il § 42 II VwGO sulla legittimazione ad agire (vedi tra altre *BVerwG*, in *NVwZ*, 1991, 470; *BVerwGE* 100, 262).

¹⁶⁶ L'azione generale di accertamento, infatti, come si è già segnalato, non è subordinata al previo esperimento del ricorso amministrativo né al rispetto del termine decadenziale di un mese, salva restando la regola generale della decadenza dal diritto di azione in caso di eccessivo ritardo nella proposizione della stessa.

¹⁶⁷ Vedi, tra altre *BVerwGE* 36, 179 (181 ss.); 51, 69 (75); 77, 207, (211), *BVerwG*, in *DVBt*, 2000, p. 1363

VwGO, il cui scopo non è quello di assicurare il previo ricorso amministrativo e il rispetto dei termini previsti per l'*Anfechtungsklage* e per la *Verpflichtungsklage*, bensì quello di garantire al cittadino¹⁶⁸ la maggiore tutela che gli può derivare da una sentenza di condanna, proprio in quanto questa costituisce un titolo esecutivo in ordine al determinato fare o non fare da essa stessa definito¹⁶⁹.

Il progressivo incremento del ricorso ad azioni di accertamento sembra essere stato determinato anche da ragioni più complesse, che coinvolgono, più in generale, l'odierno complicato equilibrio tra legislazione, amministrazione e giurisdizione. La dottrina tedesca ne coglie i segnali più evidenti nella proliferazione di discipline legislative di tipo tecnico scarsamente dettagliate, che lasciano ampi margini interpretativi all'amministrazione, ma che questa solo in parte riesce a riempire con atti amministrativi dichiarativi o accertamenti tecnici; più spesso, soprattutto quando è in gioco la realizzazione di progetti di consistenti dimensioni, la responsabilità della definizione degli obblighi (e dei rischi), che derivano dalla disciplina tecnica, viene demandata ai giudici, attribuendo loro improprie funzioni peritali, alle quali, peraltro, neanche essi sono in grado di assolvere, per la insufficienza dei mezzi finanziari a disposizione¹⁷⁰.

Esiste poi anche un secondo ordine di ragioni di tipo suppletivo; riguarda, in particolare, il rapporto delle azioni di accertamento con il § 47 VwGO; questo, come si vedrà¹⁷¹, disciplina la *Normenkontrolle*, prevedendo un'azione di impugnazione diretta, davanti ai tribunali di seconda istanza, delle norme illegittime di rango sub-legislativo emanate dai Länder, ma non estesa alle norme secondarie federali.

A partire da una sentenza del 2000¹⁷², il BVerwG ha affermato che la limitazione contenuta nel § 47 VwGO riguarda specificamente la *Normenkontrolle*, ma non preclude un'azione generale di accertamento della illegittimità di norme secondarie del Bund, quando queste contengano uno svantaggio per l'attore¹⁷³. In tale sentenza la Corte am-

¹⁶⁸ Si noti che di rado l'azione di accertamento viene proposta dall'amministrazione nei confronti del cittadino.

¹⁶⁹ Vedi F. Hufen, cit., p. 328; secondo T. Würtenberger (cit., p. 180 ss.), il compito del giudice è invece quello di verificare l'esistenza dell'interesse ad agire mediante un'azione che offre all'attore una tutela meno intensa di quella che gli potrebbe garantire una sentenza costitutiva o di condanna.

¹⁷⁰ Vedi F. Hufen, cit., p. 326

¹⁷¹ Vedi § 9

¹⁷² In *NJW*, 2000, p. 3584

¹⁷³ Pur criticando la elusione, da parte del BVerwG, del chiaro disposto del § 47 VwGO, F. Hufen (cit., p. 329) ritiene che l'art. 19 IV GG imponga la estensione del controllo dei tribunali amministrativi a tutte le norme secondarie; a favore della non tassatività dell'ambito del controllo giurisdizionale sulle norme secondarie previsto dal § 47 VwGO si veda però Peters, *Zur Zulässigkeit der Feststellungsklage (§ 43 VwGO) bei untergesetzlichen Normen*, in *NVwZ*, 1999, p. 506 ss.

ministrativa federale si è ancorata ad una consolidata giurisprudenza costituzionale che, nel ribadire, a più riprese e per profili diversi, la sussidiarietà del ricorso costituzionale diretto (*Verfassungsbeschwerde*), previsto dall'art. 93 I 4a GG, ha sostenuto che, quando questo abbia ad oggetto norme secondarie, il presupposto dell'esaurimento di tutte le vie legali, richiesto dal § 90 II BVerfGG, non è soddisfatto se il ricorrente non abbia previamente esperito un'azione per ottenere l'accertamento della illegittimità dello svantaggio impostogli dalla norma regolamentare¹⁷⁴.

Traendo le conseguenze di tale rigorosa presa di posizione del Tribunale costituzionale federale, la giurisprudenza amministrativa degli ultimi anni ha dunque ammesso con una certa larghezza il ricorso alla *allgemeine Feststellungsklage*, che ha in tal modo assunto (anche) la fisionomia di *controllo domestico delle norme (heimliche Normenkontrolle)*¹⁷⁵.

8.1.1 La vorbeugende Feststellungsklage

Diversamente da quella generale, l'azione *preventiva* di accertamento ha ad oggetto un rapporto che non è (ancora) attuale, ma che minaccia di concretizzarsi in un futuro imminente; può anche riguardare la incombente modificazione peggiorativa di un rapporto già instaurato, ad esempio mediante la imposizione di obblighi non previsti dalla relazione giuridica in atto.

Anche questo tipo di tutela preventiva, come quella ottenibile con la *vorbeugende Unterlassungsklage* già vista, può venire in gioco esclusivamente quando non si possa pretendere dall'attore che aspetti fino al momento in cui si concretizzerà il preannunciato svantaggio. In realtà, quando tale svantaggio è minacciato da imminenti atti amministrativi o norme giuridiche, è piuttosto difficile rinvenire una linea di confine netta tra le due azioni preventive nella casistica giurisprudenziale; i tribunali privilegiano la scelta all'attore, indipendentemente dalla forma di attività amministrativa che viene in discussione, con il risultato che le due azioni preventive vengono usate talvolta in parallelo talaltra alternativamente per la stessa tipologia di controversie.

Una parte della dottrina mostra per tale orientamento giurisprudenziale cautele ancora maggiori di quelle che manifesta per l'eccessiva dilatazione dell'azione di accertamento generale¹⁷⁶. Rileva, in primo luogo, come la regola generale della sussidiarietà lasci poco spazio ad un'azione preventiva di accertamento, che priverebbe l'attore della più efficace tutela

¹⁷⁴ Cfr., tra altre, BVerfG, in NVwZ, 1997, p. 673 ss.; BVerfG, in NVwZ, 2005, p. 79.

¹⁷⁵ In tal senso F. Hufen, cit., p. 329.

¹⁷⁶ Vedi T. Württenberger, cit., p. 215 ss. e F. Hufen, cit., p. 335 ss., al quale si rinvia per più specifici riferimenti giurisprudenziali e dottrinali.

offerta da altre azioni. Se, più in particolare, il rapporto giuridico futuro sarà originato dalla incombente emanazione di un atto amministrativo o di una norma secondaria, la tutela (difensiva) del potenziale soggetto leso potrà essere più utilmente data da una *vorbeugende Unterlassungsklage*, che non pone l'attore nella condizione di dover fare affidamento sulla spontanea osservanza da parte dell'amministrazione di quanto accertato dal tribunale, ma mette a sua disposizione un titolo esecutivo contro l'atto (amministrativo o normativo) futuro.

La dottrina dà risalto, inoltre, alla necessità che il rapporto giuridico, ancorché futuro, abbia già una concretezza tale da poterne prevedere le conseguenze negative per l'attore, come, ad esempio, nel caso in cui sia già in corso un procedimento per la copertura del posto di funzionario, per il quale sarà poi emanato l'atto di nomina di un concorrente.

Sottolinea infine che, proprio nei casi in cui il tribunale è chiamato ad intervenire in un procedimento finalizzato ad adottare un atto amministrativo o una norma secondaria, i requisiti di proponibilità di un'azione preventiva di accertamento devono essere particolarmente rigorosi; l'interesse specifico all'accertamento preventivo, in particolare deve rigorosamente consistere nel fatto che la tutela (successiva) garantita da una *Anfechtungsklage*, da una *Verpflichtungsklage* o da una *Normenkontrolle* – nonché dalla tutela provvisoria che corredata tali azioni – non consentirebbe di rimuovere i pregiudizi irreparabili che ne deriverebbero per l'attore.

8.2 *La Nichtigkeitsfeststellungsklage*

L'azione volta ad accertare la nullità di un atto amministrativo prevista dal § 43 I VwGO sembra avere una propria autonomia e non creare problemi di delimitazione rispetto alle altre azioni esperibili nel processo amministrativo. È pacifico, ad esempio, che contro il diniego nullo di un atto amministrativo, non debba essere proposta l'azione di nullità, ma la *Verpflichtungsklage*; parimenti l'azione in parola non trova spazio se l'attore miri ad ottenere la cassazione di una norma secondaria, per la quale può essere utilizzata la *Normenkontrolle*, alla quale si è accennato e su cui si dovrà tornare.

La *Nichtigkeitsfeststellungsklage*, inoltre, integra gli spazi vuoti dell'azione impugnatoria, che come azione costitutiva, deve avere ad oggetto un atto amministrativo efficace, per poterne annullare gli effetti.

In realtà, proprio con l'*Anfechtungsklage* l'azione in parola presenta maggiori profili di vicinanza. Anche in questo caso, infatti, l'attore fa valere di essere stato leso in un suo diritto da un atto amministrativo (sfavorevole) – riconducibile alla definizione legale del § 35 VwVfG – o da una disposizione accessoria, separabile dall'atto medesimo. Anche in questo caso – diversamente da quanto talvolta avviene per l'*allgemeine Feststellungsklage* – la giurisprudenza richiede la legittimazione ad agire, applicando in via analogica il § 42 II VwGO, secondo i criteri già ricor-

dati per l'*Anfechtungsklage*¹⁷⁷ ed escludendo che l'azione di nullità possa configurarsi come azione popolare che apre la possibilità di un controllo sull'*(apparenza giuridica dell')* atto indipendentemente dalla (possibile) lesione di un diritto dell'attore¹⁷⁸.

Diversamente dall'azione di annullamento, quella di nullità non richiede l'esperimento del *Vorverfahren*; tuttavia, per evitare che gli sia negato l'interesse ad agire per l'accertamento giudiziale, l'attore ha l'onere di presentare all'amministrazione una istanza, affinché questa dichiari la nullità dell'atto ai sensi del § 44 V VwVfG¹⁷⁹. Inoltre, sebbene l'azione di nullità non sia sottoposta ad un termine in senso stretto, l'interesse ad agire potrebbe essere escluso, secondo la regola generale, anche se l'attore negligenemente trascuri, per un tempo ragionevolmente lungo, di esercitare il diritto di azione¹⁸⁰.

In forza di tali analogie e in considerazione della ricorrente difficoltà di stabilire con assoluta certezza se l'atto sia nullo o annullabile e della iniquità di una soluzione che faccia ricadere sull'attore il rischio di questa incertezza, si sostiene pressoché concordemente che se venga proposta un'*Anfechtungsklage*, erroneamente ritenendo annullabile un atto che si riveli nullo nel corso del processo, l'azione non debba essere rigettata in quanto inammissibile, ma trasformata in un'azione dichiarativa¹⁸¹.

Eccezzuate le ipotesi di assoluta evidenza della nullità dell'atto, la proposizione dell'azione impugnatoria, con l'esperimento del ricorso amministrativo che la deve precedere¹⁸², è comunque la scelta migliore per l'attore che non voglia rischiare che gli venga eccepito di aver voluto aggirare gli specifici presupposti dell'*Anfechtungsklage* optando per l'azione di accertamento. Se, infatti, abbia proposto quest'ultima e l'atto erroneamente ritenuto nullo risulti annullabile nel corso del giudizio, si potranno avere due possibilità: se l'azione di nullità è stata proposta entro il termine pre-

¹⁷⁷ Come nell'*Anfechtungsklage*, la legittimazione ad agire è sempre riconosciuta per il destinatario dell'atto, mentre nelle altre ipotesi valgono le regole sulla legittimazione ad agire e la teoria delle norme di protezione richiamate nel § 6.1. L'attore deve comunque allegare fatti, dalla cui valutazione giuridica si possa desumere la probabile nullità dell'atto, mentre la verifica della effettiva configurazione dell'atto come nullo riguarda l'indagine sulla fondatezza dell'azione.

¹⁷⁸ Esplicitamente in tal senso BVerwG, in NJW, 1982, p. 2205.

¹⁷⁹ Il § 44 V VwVfG stabilisce che l'amministrazione *possa* sempre accertare d'ufficio la nullità dell'atto, ma che *debba* farlo su istanza di chi vi abbia un *berechtigtes Interesse*.

¹⁸⁰ Sembra pacifico tuttavia che tale omissione non possa far acquisire all'atto nullo alcun valore di giudicato.

¹⁸¹ F. Hufen, cit., p. 339, il quale rileva che nella prassi, l'azione di nullità vera e propria precede le conclusioni in via subordinata o è il risultato di una trasformazione assunta su impulso in tal senso del presidente ex § 86 III.

¹⁸² Il *Vorverfahren* si potrà concludere, a seconda dei casi, con un annullamento dell'atto o con la dichiarazione di nullità dello stesso da parte dell'autorità che decide sul ricorso amministrativo.

visto per la presentazione del ricorso amministrativo, il giudizio medesimo potrà essere sospeso per consentire l'espletamento del *Vorverfahren*; se, invece, il termine è scaduto, sia l'azione di accertamento della nullità, sia la sua eventuale trasformazione in un'azione impugnatoria diventano inammissibili.

8.3 *La Fortsetzungsfeststellungsklage*

La *Fortsetzungsfeststellungsklage* non è menzionata tra quelle di accertamento previste dal § 43 VwGO. Vi si fa riferimento, invece, nel §113, collocato tra le norme che disciplinano le sentenze e le altre decisioni dei tribunali amministrativi. L'ultima parte del primo comma di tale disposizione stabilisce che, se l'atto amministrativo si sia già esaurito prima della sentenza di annullamento, il tribunale, su istanza dell'attore che abbia un legittimo interesse al relativo accertamento, dichiara, con sentenza, la illegittimità dell'atto.

La norma non sembra prevedere un'azione autonoma, ma una sorta di *prosecuzione* (*Fortsetzung*) dell'azione (impugnatoria) originariamente proposta, per ottenere un chiarimento definitivo sulla questione della illegittimità dell'atto amministrativo sollevata nel processo, nelle ipotesi in cui il giudizio dovrebbe concludersi solo con una decisione sulle spese processuali, ex § 161 VwGO, perché l'atto impugnato ha esaurito gli effetti prima della decisione sulla controversia. Per ottenere questo chiarimento l'attore¹⁸³ deve presentare un'apposita istanza, che non modifica l'azione e non richiede perciò il consenso delle parti, ma è necessaria perché l'accertamento ora richiesto non costituiva oggetto della domanda iniziale e non può quindi essere effettuato dal giudice d'ufficio. Le condizioni di proponibilità di tale istanza, di conseguenza, sono le stesse dell'azione originaria, tuttavia integrate dai due ulteriori presupposti dell'effettivo esaurimento dell'atto amministrativo e della esistenza di un interesse specifico all'accertamento della sua illegittimità¹⁸⁴.

Il primo di tali presupposti, che una parte della dottrina intende più ampiamente come il venir meno del contenuto regolatorio dell'atto nei confronti del diretto destinatario o dei relativi effetti sfavorevoli nei confronti dei terzi¹⁸⁵, viene correntemente riferito alle ipotesi, piuttosto ricorrenti, in cui l'atto medesimo si esaurisce per motivi di diritto – come l'avverarsi di una condizione risolutiva, la emanazione di un atto amministrativo di revoca o annullamento o anche l'esistenza di un atto che tutte le parti processuali ritengano «obsoleto» – o per motivi di fatto, che rendano impossibile qualsiasi forma di esecuzione o di ritiro dell'atto medesimo, co-

¹⁸³ Si noti che l'azione di cui si tratta nel testo è uno strumento posto nelle sole mani dell'attore, non estensibile alle altre parti processuali.

¹⁸⁴ Vedi BVerwG, in *DVB1*, 1999, p. 1291

¹⁸⁵ F. Hufen, cit., p. 343.

me avviene per il decorso del relativo termine di efficacia, per il verificarsi o il mancato verificarsi di un evento ecc.¹⁸⁶.

La *Fortsetzungsfeststellungsklage*, che la stessa giurisprudenza ha ritenuto imposta dalla garanzia dell'art. 19 IV GG, ha assunto col tempo una considerevole importanza ed estensione; non soltanto, infatti, si è consolidata nel complessivo sistema di tutela nei confronti delle amministrazioni anche davanti a tribunali diversi da quelli amministrativi¹⁸⁷, ma ha anche esteso la sua portata applicativa al di là delle ipotesi cui si riferisce il § 113 I ult. parte.

In primo luogo, sono stati fatti rientrare nell'ambito di utilizzazione della *Fortsetzungsfeststellungsklage* anche casi in cui un atto illegittimo in realtà non ha esaurito i suoi effetti, ma non è (più) attaccabile con una azione impugnatoria¹⁸⁸; questo è quanto si verifica quando l'atto, affetto da vizi formali, sia stato sanato ai sensi del § 45 VwVfG o il vizio si configuri come irrilevante ai fini del (la pretesa al) annullamento, secondo quanto disposto dal § 46 VwVfG.

Inoltre, sebbene il § 113 I ult. parte annetta espressamente l'azione in parola ad un processo già avviato da un'azione impugnatoria, la giurisprudenza ha ammesso l'autonoma proponibilità di un'azione di accertamento della illegittimità di provvedimenti, come quelli di polizia, che hanno efficacia istantanea o comunque circoscritta nel tempo, quando gli effetti di tali atti si siano esauriti prima dello spirare del termine di proposizione dell'azione impugnatoria.

Ha esteso inoltre analogicamente l'applicazione della norma a tutte le altre azioni esperibili nel processo amministrativo.

La *Fortsetzungsfeststellungsklage* è utilizzabile, infatti, anche come prosecuzione di un giudizio avviato da una *Verpflichtungsklage*, per l'accertamento della illegittimità del diniego di un atto favorevole o della inerzia serbata dall'amministrazione sulla relativa richiesta presentata dall'interessato¹⁸⁹. A ben guardare, in questi casi, più che l'atto, si esaurisce la stessa azione originaria che il decorso del tempo priva dell'oggetto, dal

¹⁸⁶ Non viene considerato esaurito, invece, un atto cui sia stata data già esecuzione, rientrando tale ipotesi nell'ambito della tutela risarcitoria in forma specifica offerta dall'istituto della *Folgenbeseitigung*, previsto dallo stesso § 113 I VwGO al quale si è accennato nel § 7.2.; tale forma di tutela, infatti, è più intensa di quella assicurata dalla (sussidiaria) azione di accertamento di cui si tratta, in quanto, sussistendone i presupposti, consente di ottenere una sentenza che obbliga l'amministrazione a rimuovere le conseguenze dannose prodotte dalla esecuzione di un atto amministrativo illegittimo.

¹⁸⁷ Vedi §§ 100 I 4 FGO, 131 I 3 SGG, 28 I 4 EGGVG (legge di introduzione al GVG). Per un quadro d'insieme, si veda D. Ehlers, *Die Fortsetzungsfeststellungsklage*, in *Jura*, 2001, p. 415 ss.

¹⁸⁸ Vedi F. Hufen, cit., p. 344.

¹⁸⁹ Si veda, ad esempio OVG Lüneburg, in *NJW*, 2003, p. 531 ss. sull'accertamento della illegittimità del rifiuto di una ammissione ad un mercato annuale.

momento che il mutamento della situazione di fatto – per il venir meno del vantaggio connesso all'atto o per il suo ottenimento in altro modo – o della situazione di diritto – la adozione di un piano urbanistico con la previsione di vincoli di inedificabilità che non consentono più di rilasciare un permesso di costruire¹⁹⁰ – rende eccessivamente tardiva o comunque inutile una sentenza di condanna all'adozione dell'atto favorevole negato.

La *Fortsetzungsfeststellungsklage* è utilizzabile inoltre nei giudizi avviati dalle restanti azioni di condanna ad un fare o non fare – quando sia venuto meno un illegittimo svantaggio materiale o una prestazione sia divenuta inutile – nonché come prosecuzione di una *Normenkontrolle*, quando l'efficacia di una norma secondaria illegittima sia cessata, ma ne residuino alcuni effetti sullo svolgimento di rapporti già instaurati oppure quando vi sia il rischio di una riedizione della norma medesima.

In tutti i casi ricordati, la legittimazione ad agire è regolata dall'azione originaria di cui devono essere dati i presupposti. Per quanto riguarda il termine, il problema si pone solo per i casi in cui la *Fortsetzungsfeststellungsklage* sia proposta al di fuori di un giudizio in corso ed abbia ad oggetto un atto amministrativo. Se non è stato proposto nei termini il ricorso amministrativo e l'atto esaurisce i suoi effetti dopo la scadenza di tali termini, la *Fortsetzungsfeststellungsklage* sarà inammissibile, mentre se gli effetti dell'atto si esauriscono quando l'atto è ancora impugnabile, l'azione di accertamento può essere proposta senza il previo ricorso amministrativo.

Per tutte le ipotesi menzionate resta ferma la condizione della esistenza di uno specifico interesse all'accertamento. Tale interesse è stato riconosciuto dalla giurisprudenza sostanzialmente in tre tipologie di casi: quando esista un pericolo sufficientemente concreto di ripetizione dell'atto (giuridico o reale), quando l'attore ha un interesse riabilitativo rispetto ad un (persistente) effetto discriminatorio prodotto dall'atto medesimo o, ancora, quando intenda successivamente esperire un'azione di responsabilità davanti ai tribunali ordinari e ne sia prevedibile un esito positivo.

Con riferimento a quest'ultima ipotesi si deve considerare che l'accertamento da parte del tribunale amministrativo della illegittimità dell'atto è vincolato per un successivo giudizio di responsabilità davanti al tribunale ordinario¹⁹¹. Per far valere l'interesse all'accertamento ai fini di una successiva tutela risarcitoria, è necessario, perciò, che si versi in ipotesi in cui l'atto abbia esaurito i suoi effetti nel corso di un giudizio impugnato-

¹⁹⁰ Si veda, tra altre, BVerwG, in NVwZ, 1999, p. 523, dove l'azione in parola viene configurata come uno strumento nelle mani dell'attore per far accertare la esistenza dei requisiti richiesti per ottenere l'atto autorizzatorio prima della introduzione del vincolo urbanistico. Una inversione di tendenza rispetto alla consolidata giurisprudenza che ammetteva la utilizzazione della *Fortsetzungsfeststellungsklage* per ipotesi di questo genere, sembrava essere stata avviata da una sentenza della Corte amministrativa federale (BVerwGE 109, 203 = NVwZ 2000, 63), che però è rimasta isolata.

¹⁹¹ Vedi per tutte BVerwG, in DVBl, 2002, p. 1219 ss.

rio, nel quale il tribunale amministrativo abbia avuto modo di esaminare in via principale la illegittimità dell'atto. Se invece, si tratti di un atto che ha esaurito i suoi effetti prima della proposizione dell'azione impugnatoria, l'attore potrà ottenere la sentenza di accertamento solo per un interesse riabilitativo o per il rischio di ripetizione dell'atto illegittimo. La illegittimità dell'atto – ancorché non previamente accertata dai tribunali amministrativi – potrà essere verificata dai tribunali ordinari nell'ambito del giudizio di responsabilità¹⁹².

9. *Le azioni aventi ad oggetto norme secondarie: la Normenkontrolle*

Per completare il quadro delle tutele di cui dispone il cittadino tedesco nei confronti della amministrazione, sembra utile fare alcuni sommari riferimenti ad altre due azioni che non hanno ad oggetto atti amministrativi, la *Normenkontrolle* e la *Normenlaßklage*. Esse costituiscono gli strumenti per contrastare la illegittimità o la mancata emanazione di atti di normazione secondaria, le cui principali tipologie sono identificate, in Germania, dalle *Rechtsverordnungen* (regolamenti), che promanano da organi dell'esecutivo e dalle *Satzungen* (statuti), emanate da persone giuridiche di diritto pubblico diverse dallo stato (comuni, università, camere di commercio, enti radiofonici ecc.), per regolare i compiti ad esse spettanti¹⁹³; tra le *Satzungen* assumono particolare rilevanza quelle comunali, che includono anche un tipo di piano urbanistico, il *Bebauungsplan*¹⁹⁴.

La *Normenkontrolle*, non prevista dalla versione originaria della VwGO, è stata introdotta da una modifica del 1976 ed è disciplinata dal § 47. La norma attribuisce al tribunale amministrativo di secondo grado (OVG) il giudizio sulla validità delle norme regolamentari e statutarie in materia urbanistica, emanate secondo quanto previsto dal codice federale edilizio (I c. n. 1); lascia invece ai Länder la scelta di sottoporre a tale giudizio altre norme di rango inferiore alla legge del Land (I c. n. 2)¹⁹⁵, precisando tuttavia che l'OVG non può giudicare del contrasto di una disposizione secondaria con la costituzione del singolo Land, spettando tale giudizio al Tribunale costituzionale del Land medesimo (c. III).

¹⁹² Cfr., tra altre, BVerwG, in *DÖV*, 1989, p. 641 e BVerwG, in *NVwZ*, 2000, p. 1411, ma la questione è assolutamente pacifica in dottrina e giurisprudenza.

¹⁹³ Sulle differenze tra *Rechtsverordnungen* e *Satzungen* nel sistema delle fonti del diritto amministrativo tedesco si veda H. Maurer, cit., p. 69 ss.

¹⁹⁴ Il *Bebauungsplan*, che contiene elementi sia dei piani regolatori generali che dei piani attuativi, è espressamente configurato come *Satzung* dal § 10 I BauGB.

¹⁹⁵ Ancora oggi non tutti i Länder hanno introdotto una *Normenkontrolle* per norme secondarie diverse da quelle urbanistiche. Come si è ricordato in precedenza (§ 8.1.), la giurisprudenza ha sopperito a questa *lacuna* nella pienezza ed effettività della tutela garantita dall'art. 19 IV GG estendendo l'azione generale di accertamento ad un *controllo domestico delle norme*.

Il procedimento giurisdizionale che ha ad oggetto la legittimità di una norma secondaria è istaurato da un *Antrag* (*istanza*, ma anche *ricorso*), che può essere presentato da qualsiasi persona naturale o giuridica e da ogni autorità amministrativa e deve essere diretto contro l'ente che ha emanato la norma giuridica (c. II). Su tale ricorso l'OVG decide con sentenza, o, se non ritenga necessario il dibattimento orale, con decreto¹⁹⁶.

Se il tribunale verifica la invalidità della disposizione normativa, la dichiara nulla; tale decisione produce effetti *erga omnes* e deve essere resa pubblica dall'ente che ha emanato la norma nelle stesse forme previste per la pubblicazione degli atti normativi (c. 5).

La più significativa peculiarità della *Normenkontrolle* rispetto alle azioni in precedenza ricordate risiede, secondo l'opinione più diffusa in Germania, nella connotazione marcatamente oggettiva della tutela offerta dal § 47 VwGO.

Tale opinione si fonda in primo luogo su di un argomento letterale: la utilizzazione, da parte del legislatore del termine *Antrag*, per indicare l'atto introduttivo del procedimento giurisdizionale, invece del termine *azione*, che, nella VwGO, accomuna le tutele nei confronti di tutte le attività (non normative) della pubblica amministrazione. Si fonda inoltre sulla difficoltà di configurare come parti in senso stretto il ricorrente e il soggetto pubblico da cui promana la norma e al quale è diretto il ricorso e ciò anche in considerazione del fatto che la sentenza che accoglie il ricorso non produce effetti limitati alle parti medesime, ma *erga omnes*¹⁹⁷.

Fino al 1996, tale opinione traeva sostegno dall'ulteriore decisivo argomento che il § 47 II VwGO riconosceva la legittimazione a ricorrere secondo un parametro ritenuto proprio del modello di tutela giurisdizionale francese¹⁹⁸, in quanto basato non sulla (asserita) lesione di un diritto soggettivo – come richiede il § 42 II VwGO – ma sullo svantaggio riferibile ad un interesse giuridicamente protetto.

Quest'ultimo argomento, tuttavia, è venuto meno nel 1996, per effetto della VI modifica della VwGO, che ha novellato il § 47 prevedendo che siano legittimate a chiedere la *Normenkontrolle* le persone fisiche o giuridiche che *facciano valere di essere state lese in un loro diritto dalla norma giuridica o dalla sua applicazione o di poterne essere lese in un prevedibile arco temporale*.

¹⁹⁶ Critica la dottrina sulla compatibilità di tale previsione con il diritto ad un dibattimento pubblico riconosciuto dall'art. 6 I CEDU F. Hufen, cit., p. 586 ss. Per i casi in cui la *Normenkontrolle* ha ad oggetto un *Bebauungsplan*, la giurisprudenza ha affermato la esistenza del diritto al dibattimento orale per la parte processuale che sia direttamente lesa dal piano urbanistico nel suo diritto di proprietà o in un altro diritto fondamentale (Cfr. *BVerfGE* 110, 203 e *BVerwG*, in *NVwZ*, 2002, p. 87 ss.).

¹⁹⁷ Cfr. in particolare, tra altre, *BVerwGE* 56, 172 ss.

¹⁹⁸ Vedi F. Hufen, cit., p. 365

Il legislatore, in tal modo, ha sostanzialmente assimilato la legittimazione a ricorrere del § 47 alla legittimazione ad agire del § 42 II e la modifica è stata interpretata come un segnale del riconoscimento legislativo della connotazione soggettiva anche di questa forma di tutela offerta dai tribunali amministrativi tedeschi¹⁹⁹.

I criteri odiernamente utilizzati per affermare tale legittimazione non sono dissimili da quelli che valgono per l'*Anfechtungsklage*, ancorché adattati alle maggiori difficoltà di applicazione della stessa *Adressatentheorie* ad atti generali come quelli normativi, massimamente laddove questi comportino complesse ponderazioni pianificatorie²⁰⁰.

La componente oggettiva del controllo giurisdizionale sulle norme secondarie rimane comunque ugualmente marcata; lo dimostra il fatto che, diversamente dalle altre azioni esperibili nel processo amministrativo, l'esame della fondatezza della *Normenkontrolle* è limitato alla verifica del contrasto della norma con il diritto oggettivo e non si estende alla verifica della effettiva lesione di un diritto soggettivo²⁰¹.

9.1 La *Normerlaßklage*

Benché non trovi disciplina nella *VwGO*, larga parte della dottrina e della giurisprudenza riconosce l'ammissibilità di una *Normerlaßklage*, come azione diretta a contrastare la mancata emanazione di norme giuridiche secondarie, regolamentari o statutarie.

La possibilità di accreditare un'azione di questo genere, in assenza di una espressa previsione legislativa, non è stata priva di obiezioni e perplessità: comportando, nella sostanza, una condanna alla emanazione di norme, ancorché secondarie, essa violerebbe il principio della divisione dei poteri, consentendo al giudice di ingerirsi in un'attività finalizzata a realizzare interessi generali e perciò spettante esclusivamente alla discrezionalità politica del *Normgeber*²⁰²; una simile azione sconfinerebbe, inoltre, nella sovranità pianificatoria e nell'autonomia statutaria dei comuni, nonché nella stessa autonomia legislativa dei Länder, che il § 47 *VwGO* ha inteso invece salvaguardare, dal momento che – con la eccezione delle

¹⁹⁹ Ivi., p. 357. Secondo l'A. si dovrebbe ormai più propriamente parlare di *Normenkontrollklage*. La connotazione almeno anche soggettiva della tutela in parola è stata riconosciuta anche da *BVerwGE* 68, 12 e, più recentemente da *BVerwGE* 107, 215. Più specificamente sulla novella del § 47 in punto di legittimazione a ricorrere, si veda W.R. Schenke, *Die Antragsbefugnis natürlicher und juristischer Personen im Normenkontrollverfahren gem. § 47, 1. Alt. n. F. VwGO*, in *VerwArch.*, 1999, p. 301 ss.

²⁰⁰ Per specifici riferimenti ai diversi orientamenti espressi in proposito dalla giurisprudenza, si rinvia a F. Hufen, cit., p. 364 ss.

²⁰¹ Ivi., p. 489.

²⁰² In tal senso una parte della giurisprudenza (*BVerwGE* 13, 328 ss., OVG Koblenz, in *NJW*, 1988, p. 1684).

norme secondarie in materia urbanistica – ha lasciato al singolo Land la scelta sulla introduzione o meno della *Normenkontrolle*.

Si è anche obiettato che quelle riguardanti l'omesso esercizio del potere normativo si configurano come controversie di tipo costituzionale e perciò estranee alla giurisdizione dei tribunali amministrativi; che, in ogni caso, la introduzione di una *Normerlaßklage* sarebbe inutile, poiché, salvo casi assolutamente eccezionali, è pressoché impossibile ipotizzare una pretesa individuale alla emanazione di una norma giuridica.

Malgrado ciò sembra essere nettamente prevalsa la posizione dei sostenitori dell'ammissibilità dell'azione in discorso.

Si è escluso, in primo luogo, che possa venire in discussione un'alterazione della divisione dei poteri, non essendo di fronte a leggi in senso formale e non potendosi paragonare il Comune al Parlamento²⁰³; si è osservato, inoltre, che la collocazione di alcuni atti tra quelli normativi è spesso casuale e comunque variabile²⁰⁴ e che un controllo giurisdizionale sulla loro mancata emanazione non lede l'autonomia dei comuni più di quanto avvenga per gli atti amministrativi generali (*Allgemeinverfügungen*)²⁰⁵, nei confronti dei quali si ammette pacificamente la utilizzabilità della *Verpflichtungsklage*²⁰⁶; il controllo del giudice, in ogni caso, è effettuato sulla base di parametri ricavati da norme superiori, quindi è già «programmato dall'ordinamento»²⁰⁷; la discrezionalità politica dei comuni può essere sufficientemente salvaguardata da un *Bescheidungsurteil*, mentre la esistenza o meno di una pretesa del cittadino ad ottenere una condanna alla emanazione di una norma giuridica non è questione di ammissibilità, ma di fondatezza dell'azione²⁰⁸; il § 47 VwGO si configura come norma di eccezione, per cui non se ne possono trarre analoghi vincoli o preclusioni per una *Normenerlaßklage*²⁰⁹; non si tratta inoltre di una controversia di tipo costituzionale, ma rientra nell'ambito della clausola generale del § 40 I VwGO e deve essere assegnata ai tribunali di primo grado secondo le regole ordinarie e non secondo quella speciale del § 47²¹⁰.

La prevalenza dell'opinione positiva è stata dettata, non da ultimo, dalla più generale considerazione che l'inerzia serbata, ad esempio, da un comune nella emanazione di un *Bebauungsplan* o da una università nella

²⁰³ BVerwGE 78, 344 ss.

²⁰⁴ T. Würtenberger, cit., p. 308

²⁰⁵ Sulla configurazione come atti amministrativi delle *Allgemeinverfügungen* ai sensi del § 35 VwVfG, vedi *supra*, § 5.1., nt. 83.

²⁰⁶ F. Hufen, cit., p. 379.

²⁰⁷ VGH München, in *BayVBl.*, 1981, p. 499.

²⁰⁸ F. Hufen, cit. e T. Würtenberger, cit.

²⁰⁹ F. Hufen, cit., che sottolinea che alle stesse conclusioni perviene BVerwG, in *NVwZ*, 2002, p. 1505. Nel senso dell'ammissibilità dell'azione in discorso si vedano anche BVerwGE 80, 355 ss.; BVerwG, in *NVwZ*, 1990, p. 163.

²¹⁰ T. Würtenberger, cit., p. 314; BVerwGE 80, 355; BVerwG, in *NVwZ*, 2002, p. 1505.

emanazione di una *Satzung* che regoli i requisiti richiesti per conseguire una laurea può ledere i diritti del cittadino in misura così rilevante che la mancanza di un'apposita azione comporterebbe una violazione della garanzia della pienezza ed effettività della tutela sancita dal § 19 IV GG²¹¹.

Minore accordo esiste, invece, tra i fautori dell'ammissibilità dell'azione in discorso, sulla ubicazione della stessa all'interno del sistema di azioni esistente²¹². Alcune posizioni la configurano, infatti, come azione di accertamento, quindi sottoposta alla disciplina del § 43 VwGO²¹³, mentre altre propendono per la sua collocazione nell'ambito della *Leistungsklage*²¹⁴.

10. Qualche considerazione finale

Molte e diverse sono le suggestioni che suscita il complesso sistema di tutele previste dall'ordinamento tedesco; le avverte soprattutto un italiano, disorientato e annichilito dalla persistente latitanza di una disciplina organica del processo amministrativo nazionale, surrogata da episodici interventi legislativi a macchia di leopardo, che hanno provocato una espansione rapida e incontrollata di riti e/o modalità di tutela «speciali» e della cui futura razionalizzazione si può ragionevolmente dubitare, nonostante le recenti dichiarazioni di intenti legislative²¹⁵.

Non pochi stimoli scaturiscono però anche dal confronto con gli ordinamenti francese e spagnolo, sebbene entrambi dispongano, a differenza di quello italiano, di una disciplina almeno tendenzialmente unitaria del processo amministrativo²¹⁶. Rispetto a tali ordinamenti, il distacco

²¹¹ F. Hufen, cit., p. 377.

²¹² È rimasta isolata la posizione del VGH München, in *BayVBl.*, 1980, 209 ss. che la configurava come azione *sui generis*, sul modello della Normenkontrolle disciplinata dal § 47 VwGO.

²¹³ Tra altri, T. Würtenberger, cit., p. 313 e la giurisprudenza prevalente (*BVerwGE* 80, 355; *BVerwG*, in *NVwZ*, 1990, p. 162; *BVerwG*, in *NVwZ*, 2002, p. 1506; VGH München, in *BayVBl.*, 1981, p. 499).

²¹⁴ Tra altri, F. Hufen, cit., p. 380; VGH Mannheim, in *DÖV*, 2000, p. 784. Sulle diverse problematiche connesse alla *Normerlaßklage*, si veda più ampiamente H. Sodann, *Der Anspruch auf Rechtsetzung und seine processuale Durchsetzbarkeit*, in *NVwZ*, 2000, p. 601 ss.

²¹⁵ Si rinvia in proposito ad A. Corpaci, *I riti speciali nella prospettiva della riforma del processo amministrativo italiano*, in questo volume.

²¹⁶ Sugli ordinamenti francese e spagnolo, si vedano, rispettivamente, in questo volume, W. Gasparri, *La struttura del contentieux administratif, le tutele differenziate e i riti speciali nell'ordinamento francese* e R. Briani, *Effettività della tutela tra rito ordinario e riti differenziati nella giustizia amministrativa spagnola*, per un confronto tra le esperienze europee si veda, inoltre D. De Pretis, *La giustizia amministrativa*, in G. Napolitano (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, 2007, p. 283 ss.; M. Fromont, *L'intensité du contrôle du juge sur les décisions administratives en France et en Allemagne*, in Jean Yves Cherot et A., *Mouvent du droit public*, 2004, p. 1117 ss.

dell'esperienza giuridica tedesca non sembra dettato tanto dall'assenza di riti qualificati come «speciali», se si eccettuano – per il diverso piano su cui si collocano – gli autonomi procedimenti di tutela cautelare, che possono affiancare o precedere il giudizio sulla questione principale²¹⁷. Le differenze sembrano risiedere soprattutto nel fatto che la Germania ha risolto con molto anticipo e radicalmente i nodi ancestrali della tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione.

Da più di mezzo secolo, ormai, la giurisdizione amministrativa tedesca, ancorché distinta da quella ordinaria, è a questa pienamente parificata ed affidata ad organi giudicanti indipendenti e imparziali, il cui reclutamento e stato giuridico sono disciplinati da un'unica legge, che vale per tutti i giudici²¹⁸.

Il definitivo abbandono di ogni specialità dei tribunali amministrativi è stato coerentemente appoggiato dalla scelta legislativa di disciplinare il procedimento giurisdizionale solo nelle sue linee essenziali, limitatamente a quei principi e a quelle regole che possono maggiormente favorire (il formarsi del)la decisione sulle controversie tra privati e pubbliche amministrazioni. Le (poche) norme a tal proposito contenute nella VwGO sono integrate, per il resto, dalla legge sull'ordinamento giudiziario e dal codice di procedura civile. Questa scelta legislativa non sarebbe stata certo possibile se, sul piano delle opzioni concettuali, non fosse stata sostenuta dalla volontà di liberare il processo amministrativo dalla sua gravidanza impugnatoria e dal carattere solo riflesso della tutela che avrebbe dovuto assicurare; se, in definitiva, non se ne fosse riconosciuto l'oggetto fisiologico – come per il processo civile – in un (qualsiasi) rapporto controverso tra attore e convenuto.

In questo contesto, l'ulteriore scelta di articolare la tutela in una serie non chiusa di azioni non è stata determinata dalla esigenza posticcia di definire i contorni di un procedimento (ordinario) sull'atto da uno o più altri procedimenti (speciali) sul rapporto oggetto della lite; neanche per le azioni non codificate è stata dettata, inoltre, da ragioni contingenti, di decongestionamento dei tribunali; è stata legata, invece, all'organico disegno complessivo e all'intento di adeguare, in modo stabile anche se non rigido, lo strumentario processuale alle domande di tutela soggettiva, che i diversi modi di operare delle amministrazioni o la inerzia delle medesime avrebbero potuto far nascere.

Tutto ciò non significa che la Germania sia uscita miracolosamente indenne da problemi, come quello della eccessiva durata dei processi, che affliggono il nostro ed altri paesi.

Il bisogno di assicurare la effettività della tutela (anche) in termini di tempestività è stato avvertito fin dalla nascita del processo amministrativo tedesco ed ha quasi interamente assorbito le energie riformatrici del

²¹⁷ Vedi *supra*, § 5.2.

²¹⁸ Vedi *supra*, § 2.

legislatore a partire dal 1993, producendo risultati in parte positivi, ma generalmente ritenuti non del tutto appaganti in ordine alla durata media del processo amministrativo di prima istanza: 7,2 mesi in Baviera, mentre negli altri Länder può arrivare anche a più del doppio²¹⁹.

Tra le correzioni apportate alla VwGO per accelerare i tempi di decisione delle liti, alcune hanno investito il momento organizzativo: con la modifica dei §§ 6 e 48 si è, rispettivamente, generalizzata la competenza del giudice unico sulle liti minori²²⁰ ed estesa quella funzionale degli OVG; ai tribunali di appello, infatti, sono state assegnate, in prima istanza, le controversie di maggior rilievo, come quelle riguardanti la installazione, l'esercizio o la trasformazione di impianti di energia nucleare, di centrali elettriche con apparecchiature di combustione e di linee aeree di alta tensione o, ancora, quelle relative ai procedimenti di pianificazione di grandi opere pubbliche, come gli aeroporti, le linee metropolitane, le strade di grande comunicazione e le idrovie.

Si sono anche fatti tentativi di limitare sensibilmente i mezzi di impugnazione, ma tali tentativi non hanno registrato il favore della dottrina, né quello del Tribunale costituzionale federale; dopo alterne vicende, la legge di riordino dei mezzi di impugnazione nel processo amministrativo del 20 dicembre 2001²²¹ e la prima legge di modernizzazione della giustizia del 24 agosto 2004²²², hanno assestato le precedenti limitazioni su di uno standard meno restrittivo²²³.

Le altre modificazioni della VwGO, ad alcune delle quali si è accennato – come la restrizione della legittimazione a ricorrere nella *Normenkontrolle* (§ 47 II), la esclusione dell'effetto sospensivo automatico delle impugnazioni dei confinanti in campo urbanistico (§ 112a BauGB), la estensione dell'ambito di sanabilità e di irrilevanza dei vizi formali (§§ 45 e 46 VwVfG)²²⁴ – non sembrano aver ottenuto i risultati deflativi sperati,

²¹⁹ Secondo le stime ufficiali riportate da F. Hufen (cit., p. 37), la durata media del processo amministrativo di prima istanza sul territorio nazionale era di 18,7 mesi nel 2003. Il dato sulla Baviera è relativo, invece, al 2005 ed è stato ricavato da *Rechtsschutzreporter 2005*, in <<http://www.lock-und-roth.de/index.php?option=com>>, dove si legge che nel 2006 sono stati portati a termine in Baviera 16.582 processi, il 3,2% dei quali si sono conclusi con una transazione giudiziale.

²²⁰ Vedi *supra*, § 2.

²²¹ *Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozeß*, in *BGBL*, I, p. 3987.

²²² *1. Justizmodernisierungsgesetz*, in *BGBL*, I, p. 2198.

²²³ Si veda, in particolare, il testo vigente dei §§ 124 e 124a VwGO, che subordinano l'ammissibilità dell'appello a condizioni generali predefinite dal legislatore (§ 124), la cui esistenza deve essere valutata primariamente dai VG e, in seconda battuta (solo se manchi l'ammissione dell'appello da parte dei tribunali di primo grado) dagli OVG (§ 124a).

²²⁴ Nel 1996, oltre alla legge contenente la VI modifica della VwGO e ad alcuni interventi legislativi minori, è stata varata la legge sull'accelerazione dei procedimenti autorizzatori (*Gesetz zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren*), che,

anche e non da ultimo, perché gli stessi tribunali amministrativi direttamente interessati dai cambiamenti legislativi, li hanno interpretati ed applicati alla luce del dettato costituzionale, ritenendo di dover garantire un livello di tutela sostenibile per uno stato di diritto²²⁵.

Il dibattito sulla riforma ha tratto rinnovati impulsi dalla espansione del diritto comunitario e dalle inevitabili, ancorché non ancora pienamente prevedibili, conseguenti ricadute sul diritto amministrativo interno, sostanziale e processuale.

Accanto a tematiche più generali, come quella della fluida spartizione di competenze tra giurisdizione nazionale, comunitaria e della Corte europea dei diritti dell'uomo, si sono discussi e si discutono problemi più specifici relativi alle trasformazioni che sono state indotte sui principi e sugli istituti radicati nella tradizione giuridica tedesca.

Pur riconoscendo l'influsso che tale tradizione ha esercitato sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia, si constata che essa, quanto meno per l'applicazione del diritto comunitario in materia di tutela dell'ambiente e di sovvenzioni, ha ridimensionato, trasformato o relativizzato alcune acquisizioni nodali per il processo amministrativo nazionale: la teoria delle norme di tutela, per quanto riguarda la definizione della (più ampia e comunque non legata alla asserita lesione di un diritto soggettivo) legittimazione ad agire nelle controversie in cui è in gioco la violazione del diritto comunitario; la teoria dei vizi formali, quando non siano rispettati adempimenti procedurali richiesti da disposizioni europee, come quelle relative alla sostenibilità ambientale; la tutela dell'affidamento nei casi di revoca di sovvenzioni contrastanti con normative comunitarie; gli istituti della tutela cautelare e, soprattutto, l'effetto sospensivo automatico, quando questo investa provvedimenti attuativi del diritto comunitario.

Nella convinzione che la necessità di rinunciare, almeno in parte, ad alcuni consolidati schemi concettuali nazionali non possa comunque frenare l'evoluzione del diritto europeo, il dibattito sulla effettività della tutela giurisdizionale ha acquisito in Germania un respiro più ampio, oltrepassando i più ristretti confini quantitativi della durata dei processi e le stesse tendenze a fornire visioni economicistiche della tutela giurisdizionale, che minacciano la indipendenza del giudice, sottoponendolo a preoccupazioni di tipo fiscale.

Soprattutto la dottrina si è interrogata sulle ragioni più profonde dei limiti odierni della effettività della tutela offerta ai cittadini. È arrivata alla conclusione che tali limiti non siano da rinvenire, in realtà, nel processo amministrativo, ma nella trasformazione dei rapporti tra singoli e amministrazioni, che si rispecchia nel processo.

fra l'altro, ha modificato i §§ 45 e 46 VwVfG, relativamente ai vizi formali, estendendone la possibilità di sanatoria fino al giudizio di secondo grado (§ 45) e ampliandone la irrilevanza in ordine alla fondatezza della pretesa all'annullamento (§ 46).

²²⁵ Quella riportata nel testo è la valutazione di F. Hufen, cit., p. 39

Ha preso atto, in primo luogo, che è aumentato il numero delle ipotesi in cui i tradizionali rapporti giuridici originati da una regolazione puntuale tra un soggetto pubblico e un soggetto privato sono sostituiti da una molteplicità di relazioni incrociate; che in esse lo stato più che come istituzione regolatoria interviene come partner della cooperazione oppure nella veste di moderatore tra interessi pubblici e privati contrastanti, sostituendo ai comandi e divieti nuove forme di informazione e controllo o previsioni di oneri e misure compensative tese a comporre preventivamente i conflitti; che tale fenomeno è stato recepito dal processo con lo spostamento in fase recessiva delle azioni concentrate su regolazioni puntuali, come l'*Anfechtungsklage* e la *Verpflichtungsklage* e l'acquisizione di spazi sempre maggiori da parte delle altre azioni di condanna e di quelle di accertamento²²⁶, che sono più flessibili rispetto alle nuove forme di attività pubbliche.

Ha segnalato, inoltre, che, in ragione della odierna complessità dei rapporti sociali e della estensione della presenza dello stato in ambiti sempre più ampi della vita umana, efficienza dell'amministrazione non possa significare soltanto ottenimento della decisione più rapida possibile; più spesso richiede procedimenti e decisioni complicate, che devono poter costituire il punto di mediazione di conflitti tra interessi pubblici e privati, ma anche tra più interessi pubblici. Oltre a ciò, non di rado su tali decisioni si innestano altrettanto complesse valutazioni tecniche preliminari, per le quali l'unico, scarso, supporto legislativo è usualmente limitato alla previsione di clausole generali e concetti giuridici indeterminati, non sempre adeguatamente concretizzati dall'amministrazione.

Quest'ultima circostanza fa sì che abbastanza di frequente, anche in forza del principio inquisitorio, i tribunali si trovino a decidere direttamente difficili questioni tecniche, economiche, sociali e perfino etiche o, quanto meno, a controllare delicate prognosi di rischio effettuate dall'amministrazione, con una inevitabile trasposizione dello stesso momento della mediazione sul terreno giurisdizionale²²⁷. Non è neanche inusuale che, attraverso una decisione cautelare o un *Bescheidungsurteil*, il giudice segni la prima fase del percorso decisionale relativo a progetti di investimento di grandi dimensioni – come un grosso impianto industriale o l'ampliamento di un aeroporto – e possa accompagnare l'*iter* decisionale anche nelle fasi successive, finendo col partecipare al procedimento di formazione della regolazione di tali fattispecie.

A tutto questo si aggiunge il fatto che, anche attraverso la concretizzazione del dettato costituzionale in punto di protezione dei diritti fondamentali, dai tribunali amministrativi provengono costantemente anche nuovi impulsi per il legislatore.

²²⁶ Si rinvia in proposito a quanto detto nei §§ 7 ss. e 8 ss.

²²⁷ Sulla emersione del ruolo del giudice «arbitro» nell'ambito del contenzioso urbanistico francese, si vedano, in questo volume, le considerazioni di W. Gasparri sul *r.e.p.*

La evidente estensione della funzione giudicante al di là del controllo del rispetto da parte dell'amministrazione dei vincoli legislativi e dell'applicazione del diritto oggettivo ha indotto, più in generale, a rivisitare la portata odierna del principio della divisione dei poteri. Escluso che esso possa intendersi in termini di separazione, si è affermato che debba essere interpretato come controllo e bilanciamento reciproci; e ciò in quanto il principio democratico richiede una catena di legittimazione ininterrotta che dal popolo corre agli organi pubblici e ai loro titolari ed è salvaguardata dai tribunali amministrativi, i quali, assicurando il vincolo dell'amministrazione alle leggi democratiche, garantiscono anche la tutela le minoranze²²⁸.

²²⁸ Si noti la vicinanza tra quanto sommariamente riferito nel testo e le questioni che solleva S. Torricelli, in questo volume, con riferimento all'ordinamento comunitario.

EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA
TRA RITO ORDINARIO E RITI DIFFERENZIATI
NELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA SPAGNOLA*

Raffaella Briani

1. *L'utilità di uno studio sulla effettività della tutela tra rito ordinario e riti differenziati nella giustizia amministrativa spagnola*

A partire dagli anni Novanta del secolo scorso, nell'ambito del processo amministrativo italiano il numero dei riti differenziati, intendendosi per tali quei riti limitati ad alcuni tipi di controversie o materie che presentano alterazioni più o meno rilevanti rispetto al modello ordinario, è notevolmente aumentato. Questa tendenza risulta ispirata solo marginalmente da ragioni «sostanzialistiche», ovvero dall'esigenza di modulare le forme del processo sui differenti regimi sostanziali. Il motore principale, infatti, sembra essere un altro: il bisogno di rendere più celere l'erogazione della tutela in particolari settori¹.

Nel medesimo periodo, alla disciplina del processo «a rito ordinario» non sono state apportate modifiche di rilievo, benché proprio il proliferare dei riti differenziati con funzione di accelerazione della decisione della controversia ne riveli il «sostanziale fallimento operativo»² e al tempo stesso finisca per contribuirvi³. Eppure la Costituzione prescrive la «ragionevole durata»

* Nel testo e nelle note saranno utilizzate le seguenti abbreviazioni: Ar. = Repertorio di giurisprudenza Aranzadi; CE = Costituzione spagnola; LEC = Legge sul processo civile; LEF = Legge sull'espropriazione forzata; LJCA = Legge sulla giurisdizione contenzioso-amministrativa; LPA = Legge sul procedimento amministrativo; LOPJ = Legge organica sul potere giudiziale; LPDF = Legge sulla protezione dei diritti fondamentali; LRJAE = Legge sul regime giuridico dell'amministrazione dello Stato; LRJPAC = Legge sul regime giuridico delle amministrazioni pubbliche e sul procedimento amministrativo comune; RAP = Revista de Administración Pública; REDA = Revista Española de Derecho Administrativo.

¹ Cfr. A. Romano Tassone, *Sulla differenziazione dei riti processuali (dalla decodificazione alla ricodificazione?)*, in F. Astone, P. Falzea et al., *La differenziazione dei riti processuali tra certezza ed effettività della tutela*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009, p. 15 ss.

² Si veda ancora A. Romano Tassone, *Sulla differenziazione dei riti processuali*, cit., p. 20.

³ «La corsia preferenziale riservata ad alcuni tipi di processo (art. 4 L. 205/00) finirà per allungare i tempi negli altri casi: come accade ogni qual volta si tira da un lato una coperta troppo corta» (G. Corso, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo ammi-*

di qualsiasi processo, indipendentemente dalla situazione soggettiva dedotta in giudizio o dalla maggiore o minore rilevanza degli interessi pubblici coinvolti. E più in generale, impone una «pari effettività» dei riti processuali di volta in volta applicabili e delle forme di tutela in concreto fruibili⁴.

Il rischio, dunque, è che le discipline differenziate si risolvano in un privilegio non (facilmente) giustificabile, in un premio rivolto a taluni soggetti (a danno di altri)⁵.

Orbene, dinanzi a un simile quadro e in vista del prossimo riordino della normativa sul processo amministrativo, può risultare utile guardare alle esperienze di altri Paesi: per cercare di capire se e in che modo rilevano all'interno degli stessi quelle esigenze che nel nostro ordinamento sono alla base della differenziazione dei riti; se è possibile, e come, far convivere la (talora) necessaria differenziazione dei riti con la necessità altrettanto stringente che la tutela sia sempre e in ogni caso, anche quando erogata nelle forme ordinarie, (adeguata e) tempestiva.

In questa ottica, lo studio della giustizia amministrativa spagnola può fornire alcuni spunti interessanti.

Pur con le criticità che la dottrina non ha mancato di sottolineare, l'effettività della tutela, nel duplice senso dell'adeguatezza e della tempestività della stessa, è stata l'obiettivo principale della riforma operata dalla *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (LJCA) nel 1998. La strada percorsa è stata però diversa da quella prescelta dal legislatore italiano degli ultimi venti anni. Perché l'adeguatezza e la tempestività della tutela sono state perseguite in primo luogo all'interno del rito ordinario, piuttosto che al di fuori di esso⁶. Da un lato, infatti, le azioni esperibili avverso le distinte

nistrativo. Profili generali, in *Il giusto processo*. Atti del Convegno di Roma, 28-29 marzo 2002, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 2003, p. 60).

⁴ Si veda L.P. Comoglio, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, part. p. 1521 s., secondo cui la «istituzionale vocazione» della effettività «a porsi quale «denominatore comune» di più garanzie di giustizia la rende pienamente compatibile con la «diversità» (e, quindi, pure con la «differenza» o con la «disuguaglianza») ontologica delle situazioni giuridiche da disciplinare – nonché con la «differenziazione» di quelle forme di tutela – identificandola, proprio in tali casi, come l'unico vero elemento di «eguaglianza» (o, se si preferisce, di «parificazione» e di «unificazione» garantistica), nel rispetto del «nucleo essenziale» dei diversi diritti inviolabili, che attengono al processo e alla giurisdizione».

⁵ È ad esempio abbastanza evidente che, con l'introduzione del rito di cui all'art. 23bis legge Tar, «a beneficiare della priorità di trattazione sia soprattutto la specifica figura sociale dell'imprenditore, quindi l'interesse economico di cui esso è portatore, mentre il cittadino, con i suoi bisogni, magari essenziali, è di regola lasciato in balia dei normali tempi della giustizia» (S. Torricelli, *Tutele differenziate e riti speciali nei confronti della pubblica amministrazione: qualche notazione comparatistica*, in <<http://www.giustamm.it/>>).

⁶ Del resto, che il legislatore spagnolo sia poco incline ad introdurre riti speciali lo dimostra il fatto che, nonostante la pressione del diritto comunitario, la trattazione delle controversie sull'aggiudicazione degli appalti non gode, dinanzi al giudice, di alcun elemento di differenziazione o specialità, al contrario di quanto avviene

tipologie e forme di attività dell'amministrazione sono state convogliate in quel rito, modellandolo di volta in volta «in funzione dell'oggetto sopra il quale ricade»: atto (e silenzio significativo), regolamento, inattività (materiale) o «via di fatto»⁷. La capacità del rito ordinario di adeguarsi ai diversi bisogni di tutela fa dunque venir meno, in principio, la necessità di ricorrere alla previsione di riti differenziati modulati sui distinti regimi sostanziali. Dall'altro lato, la celerità del giudizio è stata assunta come «uno degli assi portanti» dell'intera disciplina processuale⁸, dalle misure poste a presidio della tempestività del deposito del *expediente* da parte della p.a. alla possibilità per le parti di richiedere che il ricorso venga deciso senza assunzione di prove, udienza di discussione o presentazione delle conclusioni⁹.

La legge non si è tuttavia limitata a rendere più agile e rapido il rito ordinario, ma è anche intervenuta sugli aspetti organizzativi della giustizia amministrativa. Dando attuazione alle previsioni contenute nella *Ley Orgánica del Poder Judicial* (LOPJ), n. 6 del 1° luglio 1985, ha individuato le competenze dei giudici monocratici di primo grado, provinciali (*Juzgados de lo Contencioso-Administrativo*) e centrali (*Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo*), con il preciso intento di liberare i Tribunali Superiori di Giustizia delle Comunità Autonome e l'Udienza Nazionale¹⁰ dal peso delle controversie di «minore rilevanza economica e sociale»¹¹. Alle liti di più agevole risoluzione (mancata esecuzione di atti inoppugnabili), nonché a quelle di competenza dei *Juzgados de lo Contencioso-Administrativo* che fossero di scarso valore (fino a circa euro 3.000, 00) oppure relative al personale alle dipendenze della p.a., ad eccezione delle controversie sul-

in Francia e in Italia. Piuttosto, è stato previsto un *recurso especial* da esperirsi obbligatoriamente dinanzi all'amministrazione, con possibilità di richiedere misure provvisorie anche prima e a prescindere dalla interposizione del ricorso stesso (cfr. artt. 37 e 38 *Ley de Contratos de Sector Público*, n. 30 del 30 ottobre 2007).

⁷ Su cui si vedano i parr. 4 ss.

⁸ Si veda *Exposición de motivos* della LJCA del 1998, parr. I e VI: «si è cercato in ogni momento di conciliare le garanzie di efficacia e celerità del processo con quelle di difesa delle parti».

⁹ Cfr. *Exposición de motivos*, par. VI.1 e art. 57 LJCA.

¹⁰ I Tribunali Superiori di Giustizia e l'Udienza Nazionale sono, al tempo stesso, giudici in unica istanza dei ricorsi avverso determinati atti e giudici di appello delle sentenze emesse, rispettivamente, dai giudici provinciali e centrali: cfr. F. Lopéz Ramón, *L'evoluzione dell'organizzazione della giustizia amministrativa in Spagna*, in *La riforma della giustizia amministrativa in Italia e in Spagna. Atti del convegno italo-spagnolo*, a cura di S. Raimondi e R. Ursi, Palermo, 19-20 marzo 2001, Torino, Giappichelli, 2002, p. 31 ss. e, *infra*, par. 3.

¹¹ Cfr. *Exposición de motivos*, par. III. Circa l'iniziale prudenza del legislatore nel delinearne le competenze dei giudici monocratici a causa dei timori e delle perplessità espressi in dottrina si veda M. Sánchez Morón, *La celeridad del proceso contencioso-administrativo en España*, in *I processi amministrativi in Europa tra celerità e garanzia*, Milano, a cura di V. Parisio, Giuffrè, 2009, p. 66.

la nascita e l'estinzione del rapporto, si applicava poi – si è tentati di dire: coerentemente – un rito abbreviato, caratterizzato dalla semplificazione degli adempimenti, dalla concentrazione della procedura e dalla oralità¹².

I risultati positivi prodotti da queste previsioni – definizione dei processi trattati con rito abbreviato in quattro/cinque mesi e diminuzione dei tempi medi di conclusione dei giudizi pendenti (quantomeno) dinanzi all'Udienza Nazionale¹³ – hanno indotto il legislatore ad ampliare le competenze dei giudici monocratici¹⁴. In particolare i giudici provinciali conoscono oggi della quasi totalità delle liti che coinvolgono l'amministrazione locale e di alcuni ricorsi in materia elettorale, nonché dei ricorsi contro gli atti delle Comunità Autonome sul personale, le sanzioni amministrative e la responsabilità e contro alcuni provvedimenti dell'amministrazione periferica dello Stato, compresi quelli in materia di immigrazione¹⁵, il cui numero è in assoluto il più elevato (circa 35.000 l'anno)¹⁶. Di pari passo con l'ampliamento delle competenze dei giudici monocratici è cresciuto l'ambito di applicazione del rito abbreviato, che interessa attualmente, oltre alle controversie relative alla mancata esecuzione di atti inoppugnabili, le liti devolute ai giudici provinciali e centrali circa l'immigrazione, il personale alle dipendenze della p.a., il *doping*, o quelle il cui valore non superi euro 13.000¹⁷. I tempi medi di definizione dei processi dinanzi ai giudici provinciali, seppur aumentati, rimangono generalmente accettabili¹⁸.

¹² Il rito abbreviato finiva così per applicarsi al 60% circa delle controversie devolute ai giudici provinciali (si veda A. Olmedo Gaya, *El procedimiento abreviado en la Ley 29/98, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, in S. Raimondi e R. Ursi [a cura di], *La riforma della giustizia amministrativa*, cit., p. 360).

¹³ Cfr. M. Sánchez Morón, *La celeridad del proceso contencioso-administrativo*, cit., p. 68.

¹⁴ Nel par. III della *Exposición de motivos* si adombrava già la possibilità di estendere quantomeno le competenze dei giudici provinciali «dopo una prima fase di rodaggio».

¹⁵ Cfr. art. 8 LJCA.

¹⁶ Si veda M. Sánchez Morón, *La celeridad del proceso contencioso-administrativo*, cit., p. 69. Nel 2003, i ricorsi presentati dinanzi ai giudici contenzioso-amministrativi sono stati in totale 200.681, molto più del doppio di quelli sopravvenuti dinanzi ai Tar nel medesimo anno, pari a 77.858 (cfr., rispettivamente, F. Sáinz Moreno, *O acto no contencioso-administrativo. Tradição e reforma*, in *Colóquio Luso-Espanhol. O acto no contencioso-administrativo. Tradição e reforma*, a cura di L.F. Colaço Antunes e F. Sáinz Moreno, Coimbra, Almedina, 2005, p. 39 e D. Sorace, A. Orsi Battaglini et al., *Giustizia amministrativa. Materiali*, Padova, Cedam, 2009, II ed., p. 1). Il che può in buona parte attribuirsi al fatto che l'ambito della loro giurisdizione è più ampio di quello del giudice amministrativo italiano (vedi par. 3).

¹⁷ Cfr. art. 78 LJCA.

¹⁸ Secondo i dati forniti da M. Sánchez Morón, *La celeridad del proceso contencioso-administrativo*, cit., p. 68, questi si aggirano oggi sui sette mesi e mezzo, benché – naturalmente – nelle città più popolate la durata dei processi aumenti

Tra gli altri riti differenziati previsti dalla LJCA del 1998, tutti caratterizzati da termini ridotti e da una struttura procedurale semplificata – quello a tutela dei diritti fondamentali, i cui connotati sono individuati nel disposto costituzionale (art. 53.2); quello relativo alla cosiddetta *cuestión de ilegalidad*, diretto a far annullare un regolamento previamente ritenuto illegittimo in via incidentale; quello relativo agli atti o accordi di corporazioni o enti pubblici sospesi in via amministrativa¹⁹ – solo il primo sembra trovare frequente applicazione²⁰.

In definitiva i riti differenziati all'interno dell'ordinamento spagnolo, benché accomunati dal fatto di presentare peculiarità strutturali tali da renderli più celeri del rito ordinario, non sembrano assolvere alla (sola) esigenza di erogare piuttosto rapidamente la tutela in particolari settori. Il rito abbreviato, associato all'istituzione dei giudici monocratici, è stato infatti utilizzato soprattutto in vista dell'accelerazione dell'erogazione della giustizia amministrativa nel suo complesso; la stessa aspirazione è stata alla base del successivo ampliamento dell'ambito di applicazione di quel rito (e della competenza dei giudici monocratici)²¹. Il rito a tutela dei diritti fondamentali, invece, riproduce sul piano processuale la gerarchia di valori sancita dal diritto sostanziale: è significativo il fatto che le relative controversie debbano non solo (e non tanto) essere trattate in termini brevi (il che è comune ai riti differenziati) ma anche a preferenza di tutte le altre²².

sensibilmente. Ciò è dovuto (anche) al fatto che il numero dei giudici monocratici non è cresciuto di pari passo con l'ampliamento delle loro competenze (dall'avvio della riforma al 2005, i giudici provinciali sono passati da 120 a 166 e i giudici centrali da 7 a 10).

¹⁹ L'unico rito speciale disciplinato al di fuori della LJCA del 1998 è il contenzioso elettorale, di cui agli artt. 49 e 109 ss. della *Ley Orgánica* sul regime elettorale generale n. 5 del 19 giugno 1985. Anche questo rito si caratterizza per i termini brevi e una struttura procedurale semplificata, oltretutto per la partecipazione del *Ministerio Fiscal*, il carattere urgente e la preferenza nella trattazione, i limiti all'impugnazione della sentenza.

²⁰ Il rito relativo agli atti o accordi di corporazioni o enti pubblici sospesi in via amministrativa è, ad esempio, praticamente inutilizzato (così J.L. Piñar Mañas nel suo intervento al seminario sui riti speciali, svoltosi presso l'Università degli studi di Firenze il 4 maggio 2009).

²¹ In realtà, occorrerebbe chiedersi *sempre* quale sia «l'effettiva funzionalità pratica» delle norme e dei modelli processuali differenziati, verificando, tra l'altro, se la loro applicazione e adozione «sia[no] realmente in grado di compensare in misura proporzionale i maggiori problemi tecnici, che sono inevitabilmente creati dalla compresenza di una pluralità di modelli processuali, con gli eventuali vantaggi, derivanti da una minore durata dei processi [...]» nel loro complesso (L.P. Comoglio, *Tutela differenziata e pari effettività*, cit., p. 1523).

²² In Francia i diritti fondamentali trovano tutela, dinanzi al giudice amministrativo, all'interno di un apposito rito speciale, il *référé liberté*. Esso, a differenza di quanto avviene in Spagna, si caratterizza, oltretutto per i termini molto ridotti, per i più ampi poteri attribuiti al giudice sia in ordine al contenuto della sentenza che

Cerchiamo adesso di approfondire il quadro che è stato qui in breve tratteggiato, prendendo le mosse dal dibattito che ha preceduto l'approvazione della LJCA del 1998 in modo da coglierne a pieno i tratti caratterizzanti.

2. *Le linee essenziali del dibattito che ha preceduto l'approvazione della LJCA n. 29 del 13 luglio 1998*

La LJCA del 1956 aveva rappresentato, all'epoca della sua entrata in vigore, un deciso e indiscusso passo avanti nella direzione di una più completa ed efficace tutela del cittadino a fronte dell'amministrazione. E questo perché attribuiva la cognizione delle relative controversie a giudici appartenenti alla magistratura ordinaria, ancorché specializzati; estendeva il sindacato giudiziale ai regolamenti e, per il tramite del vizio di sviamento di potere, alla discrezionalità amministrativa; limitava sensibilmente il potere dell'amministrazione di sospendere l'esecuzione della sentenza passata in giudicato²³.

Essa, tuttavia, presentava evidenti limiti, attribuibili in parte all'influenza esercitata dal modello di giustizia amministrativa francese e in parte al clima politico antidemocratico dell'epoca. Proprio questi limiti, dopo l'entrata in vigore della Costituzione (CE), avevano fatto dubitare della sua compatibilità con il quadro costituzionale e soprattutto con l'affermazione, da un lato, del principio dell'unità della giurisdizione (art. 117.5) e, dall'altro, del diritto fondamentale di ognuno ad ottenere una tutela giudiziale effettiva nell'esercizio dei propri diritti e interessi legittimi (art. 24)²⁴. Si allude al fatto che nel processo potevano farsi valere le sole pretese che si fossero dedotte in relazione ad un «atto amministrativo» (art. 1.1); che l'atto politico era sottratto senza eccezioni al sindacato del giudice (art. 2.1, lett. b); che la legge poteva escludere il ricorso in sede contenzioso-amministrativa avverso determinati provvedimenti o in certe materie (art. 40.1, lett. f); che la legittimazione all'impugnazione dei regolamenti statali risultava alquanto circoscritta (art. 28.1, lett. b); che la

all'intensità del sindacato (cfr. W. Gasparri, *La struttura del contentieux administratif, le tutele differenziate e i riti speciali nell'ordinamento francese*, in questo volume).

²³ Si veda J.R. Fernández Torres, *Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*, Madrid, Iustel, 2007, II ed., p. 801 ss., il quale ricorda che la LJCA del 1956, responsabile di «un mutamento qualitativo di dimensioni straordinarie nell'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa», si colloca all'interno di una stagione di grandi riforme amministrative (la *Ley de Expropiación Forzosa* [LEF] viene approvata nel 1954, la *Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado* [LRJAE] nel 1957, la *Ley de Procedimiento Administrativo* [LPA] nel 1958) propiziata dai contributi dottrinali di E. García de Enterría e degli altri giovani studiosi riuniti intorno alla *RAP*, la cui fondazione risale al 1950.

²⁴ Cfr. E. García de Enterría e T.R. Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo*, vol. II, Madrid, Thomson Civitas, 2004, IX ed., p. 576 ss.

sentenza aveva un contenuto limitato, posto che poteva annullare l'atto impugnato e «inoltre» (*además*), (soltanto) in via accessoria e complementare, riconoscere una situazione giuridica soggettiva e disporre le misure adeguate per il suo pieno ristoro, ivi compreso il risarcimento del danno (art. 42); che infine l'esecuzione della sentenza passata in giudicato era affidata alla sola amministrazione (artt. 103 e 104)²⁵.

La giurisprudenza era riuscita a superare o quantomeno ad attenuare alcuni di questi aspetti critici, ampliando la nozione di «atto amministrativo» fino a ricomprendervi l'attività materiale dell'amministrazione²⁶, restringendo quella di «atto politico»²⁷, rendendo possibile l'«impugnazione» della inattività amministrativa non provvedimentale²⁸, erodendo progressivamente la portata dell'art. 40 LJCA²⁹.

Altri profili problematici, invece, erano stati accentuati per effetto soprattutto della suggestione esercitata dalla tradizione storica³⁰. Si fa riferimento al cosiddetto *character revisor* del processo contenzioso-am-

²⁵ Si veda J.R. Fernández Torres, *Historia legal*, cit., p. 872 ss.

²⁶ Cfr. sentenza del Tribunal Constitucional, 18 luglio 1991, n. 160, che si pronuncia sulla possibilità di sottoporre al sindacato del giudice contenzioso-amministrativo la demolizione di alcune abitazioni, operata dalla p.a. prima per via di fatto e poi in esecuzione di provvedimenti amministrativi non notificati; nonché, per ulteriori riferimenti, M. García Pérez, *El objeto del proceso contencioso-administrativo*, in Id. (a cura di), *Jornadas de estudio sobre la jurisdicción contencioso-administrativa*, A Coruña, Servicio de publicaciones Universidade da Coruña, 1998, p. 54 ss., secondo cui questa interpretazione non faceva che adeguarsi alla *Exposición de motivos* della stessa LJCA del 1956, la quale aveva già chiarito che l'accesso alla giurisdizione contenzioso-amministrativa non poteva essere ristretto ai soli casi in cui l'amministrazione operasse attraverso atti espressi, ma doveva essere esteso a qualsiasi altra forma di «dichiarazione» regolata dal diritto (par. IV.1).

²⁷ Cfr. E. García de Enterría e T.R. Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo*, vol. I, Madrid, Thomson Civitas, 2004, XII ed. (rist. 2005), p. 580 ss.

²⁸ Si veda, ad esempio, la sentenza del Tribunal Constitucional, 7 novembre 1994, n. 294, secondo la quale l'inattività dell'amministrazione di fronte all'obbligo, sancito dalla legge e riconosciuto dalla stessa p.a. in un atto espresso, di pagare agli interessati una certa somma di denaro costituirebbe un atto tacito, «prodotto per *facta concludentia* che indica in modo univoco l'esistenza di un provvedimento amministrativo», suscettibile di impugnazione dinanzi al giudice contenzioso-amministrativo. In molti casi tuttavia si utilizzava a tal fine un altro espediente, quello di trasformare l'inattività materiale in provvedimentale: si sollecitava l'amministrazione a porre in essere una certa attività e, una volta formatosi l'atto presunto di rigetto (che, nel vigore della LJCA del 1956 e della LPA del 1958, era la regola), si ricorreva avverso lo stesso (si veda F. Garrido Falla, *El objeto del recurso contencioso-administrativo: actos impugnables y pretensiones*, in J. González Pérez [dir.], *Tribuna sobre la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1997, p. 108 ss.).

²⁹ Cfr. L. Martín-Retortillo Baquer, *Evolución reciente del contencioso-administrativo*, in *RAP*, 1981 (95), p. 9 s.

³⁰ Si veda J.R. Fernández Torres, *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Madrid, Civitas, 1998, p. 41 ss.

ministrativo, assunto nel corso degli anni a vero e proprio «dogma»³¹, sulla cui base la cognizione del giudice era stata limitata alle sole questioni previamente sottoposte all'amministrazione, la prova disposta in giudizio circoscritta alla revisione dei fatti accertati nel procedimento, i vizi di forma erano stati ricondotti a vizi di ordine pubblico e il processo aveva finito per ruotare intorno al solo annullamento dell'«atto» impugnato³².

Sennonché, una volta allargate le maglie dell'accesso alla tutela, esteso in via interpretativa ai comportamenti (anche omissivi) della p.a., la sua inadeguatezza risultava ancora più evidente: «l'articolazione complessiva del processo intorno all'azione di annullamento risulta spesso insufficiente a dare una risposta al conflitto giuridico che ha originato il processo stesso»³³. E questo, alla luce degli artt. 24 e 117.5 CE, non poteva essere ulteriormente tollerato: il processo contenzioso-amministrativo, ora pienamente giurisdizionalizzato, è – al pari di ogni processo – strumentale alla tutela «effettiva» delle situazioni giuridiche soggettive. Ciò significa che in sede giudiziale devono potersi esercitare tutte le azioni adeguate al loro soddisfacimento³⁴.

³¹ «Capace di imporsi, in primo luogo, alla legge sulla giurisdizione del 1956, che espressamente lo aveva ripudiato; ma, in secondo luogo e in modo ancor più grave, a norme costituzionali inequivocabili a partire dal 1978, che lo condannano senza appello» (E. García de Enterría, *Prólogo a J.R. Fernández Torres, Jurisdicción administrativa revisora*, cit., p. 24). La *Exposición de motivos* della LJCA del 1956, infatti, aveva precisato che l'oggetto del processo non era l'atto, ma le *pretese* fatte valere in relazione allo stesso, cosicché in tanto si poteva affermare che la giurisdizione contenzioso-amministrativa avesse carattere revisore in quanto richiedeva la previa esistenza di un atto amministrativo, «senza che questo significhi [...] che non debba essere disposta la prova, nonostante la non conformità nei fatti esposti in domanda, né che non possa ammettersi la deduzione in sede processuale di quei motivi che non siano stati previamente esposti all'amministrazione» (par. II.2).

³² Si veda J.R. Fernández Torres, *Jurisdicción administrativa revisora*, cit., p. 51 ss., cui si rinvia anche per i numerosi riferimenti giurisprudenziali; nonché M. García Pérez, *El objeto del proceso contencioso-administrativo*, Elcano, Aranzadi, 1999, p. 29 ss.

³³ M. García Pérez, *op. ult. cit.*, p. 68. In argomento si veda in particolare S. González Varas-Ibáñez, *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 36 ss.: «la pretesa esercitabile a fronte a una via di fatto è, paradossalmente, la pretesa all'annullamento che implica che il tribunale contenzioso-amministrativo dichiari la nullità dell'atto dopoché la p.a. è incorsa in una via di fatto, il che, evidentemente, non corrisponde al bisogno di tutela dell'interessato, né al suo interesse a che l'amministrazione ometta o compia una determinata attività» (p. 38).

³⁴ Si vedano E. García de Enterría, *Las transformaciones de la Justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Madrid, Thomson Civitas, 2007, p. 101 ss. e Id., *Prólogo*, cit., p. 24 s. («l'articolo 24, con una facilità sorprendente, ha concepito tutta la giustizia, inclusa quella contenzioso-amministrativa, [...], come un sistema di tutela soggettiva di diritti e interessi legittimi [...]. La giustizia amministrativa, pertanto, non è già un sistema di garanzia della legalità oggettiva cui è sottoposta la p.a., secondo la tradizione,

Il dibattito dottrinale, negli anni precedenti l'approvazione della LJCA del 1998, si è in tal modo concentrato sulla necessità di modellare il sistema delle azioni processuali adattandolo alle diverse pretese che il soggetto può vantare nei confronti dell'amministrazione, a prescindere dall'esistenza di un atto³⁵.

Esso, però, non ha imboccato la strada che conduce all'affermazione dell'atipicità dell'azione sul modello tedesco, del quale pure si avverte l'influenza³⁶. Sono le diverse forme di attività/inattività dell'amministrazione il punto a partire dal quale è costruito un sistema di pretese differenziate³⁷. L'attenzione della dottrina si concentra sul fatto che «il sistema processuale amministrativo deve adeguarsi alle nuove forme dell'amministrazione erogatrice di servizi e prestazioni»³⁸. E in questa prospettiva si invoca l'introduzione di azioni che, a fronte della omissione di un provvedimento, condannino la p.a. ad adottare un determinato atto oppure che, dinanzi a un'attività o inattività materiale, la inducano rispettivamente a cessare l'attività posta in essere in modo abusivo o a realizzare quella cui è obbligata³⁹, con conseguente arricchimento dei poteri del giudice anche in sede cautelare e di esecuzione della sentenza⁴⁰. In definitiva, il modello che viene consegnato al legislatore presenta un novero di azioni proponibili più ampio che in precedenza, ma risulta pur sempre caratterizzato da una certa rigidità: perché ad ogni tipo di attività/inattività dell'amministrazione si fanno corrispondere

ormai definitivamente recessiva, dell'*excés de pouvoir*, ma un sistema di «tutela» di situazioni giuridiche soggettive, tutela piena, che il testo dell'art. 24 e la regola dell'art. 53.1 non permettono di ridurre, limitare o escludere in nessun caso).

³⁵ Cfr. S. González Varas-Ibáñez, *Problemas procesales actuales*, cit., p. 34 s.: «fino a ora l'attenzione della dottrina non si è appuntata in modo particolare sul sistema delle azioni processuali, frutto della concezione più o meno cosciente secondo cui la funzione della giurisdizione contenzioso-amministrativa è controllare l'amministrazione. La nuova concezione soggettiva che impone la CE (art. 24) esige, invece, una maggiore attenzione del processo nei confronti delle situazioni giuridiche soggettive. Il primo passo, in questo approfondimento della concezione soggettiva, è quello di adattare il sistema delle pretese processuali a dette situazioni».

³⁶ Cfr. J.L. Meilán Gil, *Prólogo* a M. García Pérez, *op. ult. cit.*, p. 21. Sul processo amministrativo tedesco si veda M. Carrà, *Atipicità del diritto di azione ed effettività della tutela nel processo amministrativo tedesco*, in questo volume.

³⁷ Si veda S. González Varas-Ibáñez, *Problemas procesales actuales*, cit., part. p. 23, 26 ss. e 36 ss.

³⁸ S. González Varas-Ibáñez, *Problemas procesales actuales*, cit., p. 27.

³⁹ Si veda S. González Varas-Ibáñez, *Problemas procesales actuales*, cit., p. 36 ss. Sulla inadeguatezza del sistema di giustizia amministrativa spagnola dinanzi alla inattività materiale della p.a. l'attenzione della dottrina si era già appuntata a partire dal 1962 (cfr. A. Nieto, *La inactividad material de la Administración y el recurso contencioso-administrativo*, in *RAP*, 1962 [37], p. 63 ss.).

⁴⁰ Cfr. ancora S. González Varas-Ibáñez, *Problemas procesales actuales*, cit., p. 48 ss. e p. 114 ss.

una o più pretese determinate, trascurando il fatto che «la realtà è talmente mutevole e talmente sorprendente che potrà sempre nascere una pretesa di difficile incastro» nelle ipotesi contemplate⁴¹.

3. *Il giudice contenzioso-amministrativo e l'ambito della sua giurisdizione*

La giurisdizione contenzioso-amministrativa è demandata a giudici ordinari ancorché specializzati dal 1956, quando la LJCA istituì una sala del contenzioso-amministrativo presso le Udienze territoriali (organi giudiziari di livello provinciale) e due (la terza è del 1957) presso il Tribunale Supremo. Le prime conoscevano dell'impugnazione degli atti delle amministrazioni locali e dell'amministrazione periferica dello Stato; le seconde conoscevano, in unica istanza, dei ricorsi avverso gli atti delle amministrazioni statali e dell'appello avverso le sentenze delle Udienze territoriali. Nella sala del contenzioso-amministrativo delle Udienze territoriali, solo uno dei tre giudici presenti risultava selezionato all'esito di un concorso teso a valutarne la specializzazione in diritto amministrativo. Le tre sale del contenzioso-amministrativo del Tribunale Supremo, invece, erano composte, per un terzo, da magistrati (ordinari) designati in base agli ordinari criteri di anzianità e merito; per un altro terzo, da magistrati ordinari che avevano superato un apposito concorso; per il restante terzo infine, da giuristi selezionati anch'essi all'esito di una simile procedura⁴².

L'entrata in vigore della CE, nel 1978, da un lato – come visto – confermava il principio dell'unità della giurisdizione, ma dall'altro, con la istituzione delle Comunità Autonome, rendeva necessaria una riorganizzazione della giustizia amministrativa imposta anche – parallelamente – dal progressivo e sensibile aumento dei ricorsi e, di conseguenza, della durata dei processi⁴³.

Attualmente, la giustizia amministrativa è impartita, oltreché dai giudici monocratici provinciali e centrali, da (lle sale del contenzioso-amministrativo de) i Tribunali Superiori di Giustizia delle Comunità Autonome, l'Udienza Nazionale e il Tribunale Supremo. Le liti di loro competenza sono individuate nella LJCA del 1998; la loro composizione, gli eventuali conflitti di giurisdizione o competenza, così come, ancora prima, l'accesso alla magistratura e la progressione di carriera dei magistrati sono disciplinati nella LOPJ del 1985.

Delle competenze dei giudici provinciali si è già detto. I giudici centrali conoscono principalmente di alcuni ricorsi in materia di personale alle dipendenze della p.a. e contro gli atti dell'amministrazione statale.

⁴¹ M. García Pérez, *El objeto del proceso contencioso-administrativo*, in Id. (a cura di), *Jornadas de estudio*, cit., p. 64.

⁴² Si veda F. Lopéz Ramón, *L'evoluzione dell'organizzazione*, cit., p. 28 ss.

⁴³ Cfr. F. Lopéz Ramón, *L'evoluzione dell'organizzazione*, cit., p. 29.

I Tribunali Superiori di Giustizia conoscono, in unica istanza, dei ricorsi avverso gli atti generali e i regolamenti delle Comunità Autonome e degli Enti locali e di tutti quelli non attribuiti ad altri organi della giustizia amministrativa. Giudicano dell'appello e della revisione proposti nei confronti delle sentenze dei giudici provinciali (art. 10).

L'Udienza Nazionale conosce, invece, dei ricorsi avverso gli atti dell'amministrazione statale, nonché dell'appello e della revisione proposti avverso le sentenze dei giudici centrali (art. 11).

Il Tribunale Supremo, infine, è giudice in unica istanza dei ricorsi presentati contro gli atti e regolamenti del Consiglio dei ministri e del Consiglio Generale del Potere giudiziario, nonché contro gli atti e regolamenti in materia di personale, amministrazione e gestione patrimoniale adottati dagli organi competenti del Congresso dei Deputati, del Senato, del Tribunale Costituzionale, del Tribunale dei Conti e del Difensore del Popolo. Conosce infine del ricorso per cassazione, nei casi in cui questo è previsto⁴⁴, e della revisione delle sue stesse sentenze definitive, di quelle dei Tribunali Superiori di Giustizia e dell'Udienza Nazionale (art. 12).

Così come disegnata dalla LJCA del 1998, la giurisdizione del giudice contenzioso-amministrativo abbraccia, in primo luogo, le pretese che si deducano in relazione all'attività di diritto amministrativo della p.a., senza che rilevi la situazione giuridica soggettiva azionata. Il termine 'attività' è comprensivo non solo degli atti, regolamenti e attività materiali posti in essere dall'amministrazione, ma anche delle omissioni, secondo quanto sarà detto successivamente. Per amministrazione pubblica, la LJCA del 1998 intende l'amministrazione statale, autonoma e locale e tutti gli enti e organismi pubblici da esse dipendenti, incluse le autorità indipendenti e le Università pubbliche⁴⁵ (art. 1.2).

Il giudice contenzioso-amministrativo conosce, in secondo luogo, dei ricorsi avverso gli atti e regolamenti in materia di personale, amministrazione e gestione patrimoniale, sottoposti al diritto pubblico, adottati dagli organi competenti del Congresso dei Deputati, del Senato, del Tribunale Costituzionale, del Tribunale dei Conti e del Difensore del Popolo; nonché degli atti e regolamenti del Consiglio Generale del Potere giudiziario in materia di selezione o carriera dei magistrati (art. 1.3).

Infine, il giudice contenzioso-amministrativo conosce delle questioni sollevate circa la protezione giurisdizionale dei diritti fondamentali anche in relazione agli atti del Governo, di qualunque natura (incluso politica,

⁴⁴ Vedi *infra* par. 4.2.

⁴⁵ Cfr. M. Sánchez Morón, *La celeridad del proceso*, cit., p. 63, il quale aggiunge che le controversie che coinvolgono le società di diritto privato, seppur controllate dalla p.a., non sono di competenza del giudice contenzioso-amministrativo, con almeno un'eccezione: nel caso in cui queste siano aggiudicatarie di un contratto di appalto, fornitura o servizi sottoposto alla disciplina comunitaria, gli interessati possono interporre ricorso all'amministrazione di riferimento e poi impugnare la decisione di quest'ultima in sede contenzioso-amministrativa.

evidentemente); dei ricorsi avverso i contratti 'amministrativi' (come i contratti di appalto di opere pubbliche e di fornitura) e gli atti di aggiudicazione dei contratti stipulati dalla p.a.; nonché delle controversie relative alla responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione, a prescindere dalla natura dell'attività o del rapporto da cui essa derivi (art. 2).

4. *La frantumazione del rito ordinario in differenti «modalità di ricorso» operata nella LJCA del 1998*

La LJCA del 1998 si propone di conformare la disciplina del processo contenzioso-amministrativo al nuovo quadro costituzionale e alle mutate esigenze di tutela del privato⁴⁶, ispirandosi in maniera evidente anche se non compiuta (come risulterà chiaro in seguito) alle conclusioni emerse nel dibattito dottrinale che l'ha preceduta⁴⁷. Individua l'oggetto del giudizio ne «le pretese che si deducano in relazione con l'attività» e non più solo con gli atti di diritto amministrativo della p.a. (art. 1.1) e, poiché alle diverse forme di attività o inattività dell'amministrazione corrispondono pretese diverse in capo ai privati, si prevedono «quattro modalità di ricorso» distinte⁴⁸, a seconda che esso cada su un atto amministrativo, «espresso o presunto», che ponga termine alla via amministrativa⁴⁹; su un regolamento o un decreto legislativo, il quale ultimo risulta impugnabile dinanzi ai giudici contenzioso-amministrativi al pari del primo nei limiti in cui abbia ecceduto rispetto alla legge-delega; sull'inattività (materiale) o sulla via di fatto.

⁴⁶ Cfr. *Exposición de motivos*, par. I: «Lo strumentario giuridico che nel nostro [ordinamento] si conferisce alla giurisdizione per il raggiungimento dei suoi fini è divenuto relativamente inadeguato. In particolare, per quanto riguarda il sindacato sulle attività materiali e l'inattività dell'amministrazione, ma anche il far eseguire con prontezza le stesse sentenze dei giudici e l'adozione di misure cautelari che assicurino l'efficacia del processo».

⁴⁷ «La LJCA del 1998 si orienta verso una concezione di indole o carattere soggettivo»; il suo articolato «potrebbe tuttavia essere migliorato», dal momento che «non è sempre coerente con la scelta a favore di un sistema differenziato di pretese» (S. González Varas-Ibáñez, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa [Ley 29/1998, de 13 de julio] adaptados a la nueva concepción subjetiva*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 37 s. Corsivi originali).

⁴⁸ Poiché «è necessario differenziare le pretese che possono dedursi in ciascun caso, è allora evidente che la diversità di azioni o omissioni che possono essere oggetto del ricorso non permettono di continuare a configurare questo come un'azione processuale uniforme» (*Exposición de motivos*, par. V).

⁴⁹ Il che significa che costituiscono atti impugnabili quelli indicati nell'art. 119 della *Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común* (LRJPAC), ovvero le decisioni adottate all'esito del ricorso gerarchico, o da organi amministrativi privi di superiore gerarchico, i provvedimenti indicati come conclusivi della via amministrativa da una fonte di rango legislativo o regolamentare, nonché gli accordi, contratti e convenzioni che concludono il procedimento.

Il superamento del *caracter revisor* impone l'abbandono di un modello processuale uniforme; e tuttavia, il legislatore non disciplina riti diversi: «senza pregiudizio delle caratteristiche comuni» ad ogni tipo di ricorso, il processo contenzioso-amministrativo «ammette modulazioni di rilievo in funzione dell'oggetto sopra il quale ricade»⁵⁰.

Il rito ordinario è concepito come uno «schema flessibile», un «procedimento duttile»⁵¹ all'interno del quale convivono quattro modelli, accomunati dalle disposizioni in materia di modalità di interposizione del ricorso, *remisión del expediente administrativo*, presentazione della *demanda*, fasi istruttoria e conclusiva⁵², e distinti invece, di regola, per termini di interposizione e requisiti di ammissibilità del ricorso, presupposti per la concessione delle misure cautelari, pretese deducibili, (e dunque) contenuto della sentenza e modalità di esecuzione della pronuncia passata in giudicato da parte del giudice.

Dal momento che il rito è unitario (anche se, lo si ripete, non uniforme), all'errore nella identificazione dell'azione non consegue la sua inammissibilità, a meno che questo errore non abbia implicato al contempo l'inservanza di un requisito di ammissibilità del ricorso quale, ad esempio, il termine di presentazione⁵³. La dottrina ritiene anzi che il potere del giudice di indicare alle parti eventuali «altri motivi suscettibili di fondare il ricorso», concedendo loro il termine di dieci giorni perché formulino le opportune allegazioni (art. 33.2 LJCA), possa essere utilizzato proprio al fine di porre rimedio all'erronea individuazione dell'oggetto del giudizio e (dunque) della pretesa esercitabile⁵⁴.

Esaminiamo adesso, seppure a grandi linee, la disciplina del rito ordinario prendendo le mosse dagli «elementi comuni» a ciascuna tipologia di ricorso.

⁵⁰ Si veda *Exposición de motivos*, par. V. «Il ricorso contenzioso-amministrativo acquista così una sostanziale *plasticità*, poiché può utilizzarsi allo stesso modo per impugnare attività molto diverse e per giudicare di pretese molto distinte» (M. Sánchez Morón, *El objeto del recurso contencioso-administrativo*, in *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, a cura di J. Leguina Villa e M. Sánchez Morón, Valladolid, Lex Nova, 2001, II ed., p. 166. Corsivo originale).

⁵¹ Si veda ancora *Exposición de motivos*, parr. V e VI.1.

⁵² Su cui vedi il paragrafo successivo.

⁵³ Cfr. art. 51 LJCA.

⁵⁴ Cfr. M. Sánchez Morón, *El objeto del recurso contencioso-administrativo*, cit., p. 166 s. Si era già espresso in tal senso, con riferimento al disegno di legge da cui è scaturita la riforma del 1998, S. González Varas-Ibáñez, *Problemas procesales actuales*, cit., p. 220 (qui «potrebbe risiedere anche la chiave per il buon funzionamento del sistema plurale di pretese che abbiamo proposto in questo stesso lavoro, nella misura in cui il giudice potrebbe orientare le parti, all'inizio del processo, circa la pretesa processuale che garantisce al meglio la protezione in sede giudiziale dei suoi diritti»).

4.1 La disciplina comune a ciascuna «modalità di ricorso»

Il processo amministrativo viene generalmente avviato mediante la presentazione al giudice di uno scritto contenente soltanto l'indicazione di ciò che si intende impugnare (art. 45.1 LJCA)⁵⁵. Ad esso si accompagnano, tra l'altro, i documenti comprovanti la legittimazione del ricorrente e l'atto espresso o il regolamento oggetto del ricorso, che possono essere prodotti anche in copia; se ciò non è possibile, devono almeno indicarsi la pratica cui afferisce l'atto o il periodico in cui è stato pubblicato il regolamento. Se oggetto del ricorso sono l'inattività o la via di fatto, il ricorrente deve indicare l'organo cui l'una o l'altra sono attribuibili, la pratica che ad esse si riferisce, ovvero qualsiasi altro elemento serva per identificare l'oggetto del ricorso (art. 45.2).

Il giudice chiede quindi all'amministrazione autrice dell'atto o del regolamento, o alla quale si imputi l'inattività o la via di fatto, di consegnare entro il termine perentorio stabilito dalla legge l'*expediente amministrativo*, ovvero il fascicolo relativo all'oggetto del ricorso (art. 48). Contestualmente le ordina di notificare il provvedimento con cui si richiede l'*expediente* a coloro che «appaiono interessati» allo stesso, cioè ai titolari di diritti o interessi legittimi suscettibili di essere pregiudicati dall'accoglimento del ricorso, affinché possano costituirsi in giudizio entro i successivi nove giorni (cfr. artt. 21 e 49).

Trascorso invano il termine assegnato per la consegna del fascicolo, il giudice ripete l'ordine al quale segue – se l'inerzia della p.a. si protrae per ulteriori dieci giorni – l'imposizione di una *multa coercitiva* da euro 300, 50 a euro 1.202, 02, che viene reiterata ogni venti giorni fino all'adempimento dell'ordine giudiziale (art. 48.7). Imposte le prime tre *multas coercitivas* senza aver ottenuto il deposito del fascicolo, il giudice informa il p.m. senza per questo astenersi dal sanzionare l'eventuale ulteriore inattività dell'amministrazione (art. 48.10), il cui controricorso peraltro – in assenza del deposito dell'*expediente* – è inammissibile (art. 54.1). La mancata consegna del fascicolo non paralizza tuttavia il processo, dal momento che il giudice può, d'ufficio o su istanza di parte, assegnare comunque un termine al ricorrente per la presentazione della *demanda* (art. 53.1).

L'amministrazione si intende costituita all'atto della consegna dell'*expediente* (art. 50.2).

Una volta trasmesso il fascicolo con la prova delle avvenute notifiche, il giudice può ordinare all'amministrazione di integrare il contradditto-

⁵⁵ L'art. 45.1 LJCA stabilisce che «il ricorso contenzioso-amministrativo è avviato mediante [la presentazione di] uno scritto che si limita a citare la disposizione, atto, inattività o attività costitutiva della via di fatto che si impugni e a richiedere che si consideri interposto il ricorso». I motivi alla base dell'impugnazione, come vedremo, devono essere indicati in un secondo momento, una volta consegnato dall'amministrazione il fascicolo relativo all'oggetto del ricorso.

rio nei confronti degli ulteriori interessati identificabili (art. 49.3), oppure può dichiarare l'inammissibilità del ricorso (art. 51.1). Ciò è in generale possibile quando constati «in modo inequivocabile e manifesto» il difetto di giurisdizione o l'incompetenza dell'organo giudicante adito, l'assenza di legittimazione del ricorrente, l'assenza di una attività impugnabile, il mancato rispetto del termine di presentazione del ricorso; oppure quando siano stati rigettati nel merito, con sentenza passata in giudicato, altri ricorsi sostanzialmente identici⁵⁶.

Al di fuori di queste ipotesi, il fascicolo prodotto dall'amministrazione viene portato a conoscenza del ricorrente, cui è assegnato un termine di venti giorni per la presentazione della *demanda* a pena di decadenza (art. 52). Essa viene successivamente trasmessa, insieme all'*expediente*, all'amministrazione e alle altre parti affinché formulino la *contestación* (art. 54.1). L'amministrazione è quella che deve farlo per prima (art. 54.3). Il difensore della p.a. può tuttavia richiedere la sospensione del processo per un periodo pari a venti giorni, qualora ritenga che l'atto, disposizione o attività impugnati non siano conformi a diritto, in modo da poter comunicare il proprio parere all'amministrazione (art. 54.2).

Nella *demanda* e nella *contestación* si dà conto separatamente dei fatti, dei fondamenti di diritto e delle pretese che si deducano, «a giustificazione delle quali possono allegarsi tutti gli opportuni motivi, siano stati o meno sottoposti prima alla p.a.» (art. 56.1. LJCA), e si può richiedere l'assunzione di prove, indicando specificamente i fatti in ordine ai quali si ritiene necessario disporle (art. 60.1). Se dalla *contestación* alla *demanda* emergono fatti nuovi rilevanti per la decisione, il ricorrente può richiedere l'assunzione delle prove eventualmente necessarie nell'ulteriore termine indicato dall'art. 60.2. Alla *demanda* e alla *contestación*, inoltre, le parti devono accompagnare i documenti su cui fondano le loro pretese; se non ne hanno la disponibilità, devono indicare l'ufficio o il soggetto presso il quale si trovano (art. 56.3). Dopodiché, la produzione di documenti in giudizio è ammessa nei soli casi previsti con riferimento al processo civile, fatta eccezione per i documenti necessari a confutare quanto allegato nella *contestación* e che rendano evidente una non corrispondenza della stessa con i fatti (art. 56.4). Nella *demanda*, infine, il ricorrente può richiedere che il processo si concluda senza assunzione di prove, udienza di discussione o conclusioni. Se la controparte non si oppone e il giudice non ritiene di dover aprire d'ufficio la fase istruttoria, il processo viene avviato a sentenza subito dopo il deposito della *contestación* (art. 57).

⁵⁶ A queste – che sono di generale applicazione – si accompagnano altre ipotesi di inammissibilità del ricorso: il ricorso può essere dichiarato inammissibile quando «sia evidente» che l'attività materiale che si impugna è stata posta in essere dall'organo competente e secondo le regole che disciplinano il relativo procedimento; quando, impugnata la inattività dell'amministrazione, «sia evidente» l'assenza di un qualche obbligo concreto della p.a. nei confronti di coloro che agiscono in giudizio.

Il giudice dispone l'assunzione delle prove richieste quando i fatti – così come esposti dalle parti – siano contraddittori e, a suo parere, rilevanti per la decisione (art. 60.3). Inoltre, una volta terminata la fase istruttoria e fino a quando il processo non sia dichiarato concluso, può disporre d'ufficio l'assunzione dei mezzi di prova che «ritenga necessari» (art. 61.2). Il giudice può anche avviare la fase istruttoria d'ufficio, e assumere quei mezzi di prova che creda utili a garantire una decisione migliore (art. 61.1)⁵⁷.

La fase istruttoria si svolge osservando le disposizioni della LEC. E questo comporta l'estensione al processo contenzioso-amministrativo delle regole dettate dalla LEC (e dal codice civile) in materia di procedimento probatorio, mezzi istruttori, onere e valutazione della prova, anche se talvolta con alcuni adattamenti⁵⁸. Per contro, non trovano applicazione nel processo contenzioso-amministrativo le disposizioni della LEC relative all'iniziativa probatoria, che – come visto – è oggetto di una regolazione specifica all'interno della LJCA⁵⁹.

Il congegno processuale della *remisión del expediente administrativo* risulta dunque funzionale alla formulazione della domanda da parte del ricorrente. Al tempo stesso, lo pone (tempestivamente) in condizione di valutare la necessità o meno della (ulteriore) attività istruttoria, che si svolge su un piano di perfetta parità (di armi) con l'amministrazione: entrambi conoscono tutto ciò che ha preceduto l'adozione dell'atto impugnato e dispongono, per la prova dei loro assunti, di tutti i mezzi istruttori previsti per il processo civile.

Il processo termina o con l'udienza o con la presentazione di conclusioni scritte, secondo quanto richiesto dalle parti (art. 62.1 e 62.2). Le parti non possono sollevare, nell'occasione, questioni che non siano già state indicate nella *demanda* o nella *contestación* (art. 65.1). Quando il giudice ritenga opportuno che in udienza o nelle conclusioni siano trattati motivi rilevanti per la decisione diversi da quelli allegati, lo porta a conoscenza delle parti, assegnando loro un termine di dieci giorni per essere sentite al riguardo (art. 65.2).

La fissazione della data d'udienza tiene conto «rigorosamente» della data di presentazione del ricorso, salvo diversa disposizione di legge o casi

⁵⁷ In ogni caso, il potere officioso del giudice non può supplire la negligente attività istruttoria delle parti, per quell'elementare esigenza di imparzialità che deve informare in ogni momento il suo operato (si veda sentenza Tribunal Supremo, 22 luglio 1987, Ar. 5787).

⁵⁸ Cfr. F. Córdón Moreno, *El proceso contencioso-administrativo conforme a la Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo*, Elcano, Aranzadi, 2001, II ed., p. 190 ss. Sono soprattutto le regole sull'onere della prova a necessitare di adattamenti: da un lato, in forza della presunzione di verità che accompagna alcuni atti posti in essere dall'amministrazione è il ricorrente a dover dimostrare l'inesattezza dei fatti in essi affermati; dall'altro, in forza della presunzione di innocenza di colui che ha subito una sanzione amministrativa è la p.a. a dover provare i fatti costitutivi dell'infrazione di cui si tratta (p. 192).

⁵⁹ Si veda F. Córdón Moreno, *El proceso*, cit., p. 191.

eccezionali che il giudice deve motivare (art. 63.1). Il rito a tutela dei diritti fondamentali e quello relativo alla *cuestión de ilegalidad* sono assistiti da preferenza nella trattazione.

Nell'udienza, queste espongono succintamente le loro allegazioni; prima dell'esposizione o dopo, possono essere invitate dal giudice a puntualizzare, chiarire o rettificare quanto necessario alla delimitazione dell'oggetto del giudizio (art. 63.2).

La presentazione di conclusioni, in alternativa all'udienza, consiste nella indicazione succinta dei fatti, delle prove e dei motivi di diritto sui quali si basa la pretesa della parte (art. 64.1).

Una volta celebrata l'udienza o presentate le conclusioni, si dichiara concluso il processo (art. 64.4). La sentenza deve essere emanata nei successivi dieci giorni (art. 67.1). Quando detto termine non può essere rispettato, il giudice deve giustificare il ritardo e individuare una data posteriore da comunicare alle parti (art. 67.2). Il criterio da seguire è, ancora una volta, quello della data di presentazione del ricorso, con le eccezioni indicate nell'art. 63.1 già citato (art. 64.3)⁶⁰.

Anche per quanto riguarda l'esecuzione della sentenza passata in giudicato, la LJCA del 1998 contiene, accanto a previsioni specifiche per alcune tipologie di pronunce, una disciplina comune alle diverse ipotesi⁶¹.

In base a quest'ultima, la sentenza definitiva deve essere comunicata entro dieci giorni all'organo che ha posto in essere l'attività oggetto del ricorso affinché, entro lo stesso termine, accusi ricevuta e indichi il responsabile dell'adempimento (art. 104.1). Il termine per l'esecuzione della sentenza è fissato generalmente in due mesi (art. 104.2).

Se la p.a. è inadempiente, le parti processuali e i soggetti che, pur non intervenuti nel processo, siano «interessati dalla sentenza» possono promuovere un incidente di esecuzione al fine di stabilire quale organo amministrativo debba essere ritenuto responsabile della esecuzione stessa, il termine massimo entro cui essa deve avvenire e i mezzi con i quali deve compiersi (art. 109).

Trascorso il termine assegnato il giudice adotta, sentite le parti, «le misure necessarie a garantire l'effettività di quanto ordinato» (art. 112.1). È in ogni caso possibile imporre *multas coercitivas* al funzionario responsabile.

⁶⁰ Una previsione simile è contenuta nell'art. 55 del Reg. proc. del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, su cui si veda S. Torricelli, *Tutele differenziate*, cit., per il quale essa prefigura «un diritto all'eguaglianza rispetto ai tempi della decisione che esprime bene, sul versante processuale, il principio di uguaglianza di fronte alla legge».

⁶¹ Si veda L. Martín Rebollo, *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas como derivación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: la situación en el derecho español*, in L.F. Colaço Antunes, F. Sáinz Moreno (a cura di), *Colóquio Luso-Espanhol*, cit., p. 259 ss.

4.2 Le misure intese a garantire la tempestività della tutela

Le misure che la LJCA del 1998 mette in campo per garantire la tempestività della tutela erogata (anche) nelle forme ordinarie possono ricondursi a due differenti tipologie: quelle intese ad assicurare che il rito ordinario si svolga celermente; quelle dirette a evitare la proliferazione dei ricorsi.

Devono ascrivere alla prima tipologia la possibilità data alle parti di avviare il processo presentando direttamente la *demanda*, là dove non vi siano «terzi interessati»⁶² e di richiedere che il ricorso venga deciso senza assunzione di prove, udienza di discussione o presentazione delle conclusioni scritte⁶³; il rafforzamento delle garanzie poste a presidio della rapida e completa *remisión del expediente administrativo*⁶⁴; così come la possibilità per il giudice di promuovere un tentativo di conciliazione, che in caso di esito positivo è suscettibile di esecuzione forzata al pari della sentenza, quando il processo abbia ad oggetto «materie suscettibili di transazione e, in particolare, quando si verta su stime quantitative»⁶⁵. Ed in effetti, pare che queste misure abbiano dato buoni risultati: in particolare si rileva che la p.a. di solito consegna l'*expediente* una volta sollecitata dal giudice alla scadenza del termine di venti giorni⁶⁶. Il che, al tempo stesso, esclude il formarsi di una signoria dell'amministrazione sulla delimitazione dell'oggetto del giudizio e, poi, sull'istruttoria, al contrario di quanto avviene nel processo amministrativo italiano, là dove, complice il breve termine per impugnare, è proprio la p.a. a gestire in totale libertà – senza (quasi) mai incorrere in preclusioni, decadenze o sanzioni – i tempi (oltreché i modi) della conoscenza dei fatti nel corso del giudizio⁶⁷, potendo giungere fino a impedire o, comunque, ostacolare l'adeguata e approfondita valutazione dei documenti prodotti e della necessità di una eventuale integrazione o controprova.

Alla seconda tipologia di misure, ovvero quelle dirette a evitare la proliferazione dei ricorsi, si possono ascrivere poi la necessità di rivolgersi all'amministrazione, chiedendo il compimento di una «prestazione concreta» cui si ha diritto, prima di poter presentare ricorso nel caso di cui all'art. 29.1⁶⁸; la possibilità per il giudice di sospendere i ricorsi che hanno

⁶² Cfr. *Exposición de motivos*, par. VI.1 e art. 45.5 LJCA.

⁶³ Cfr. *Exposición de motivos*, par. VI.1 e art. 57 LJCA.

⁶⁴ Cfr. *Exposición de motivos*, par. VI.1 e art. 48 LJCA già citato *supra*.

⁶⁵ Cfr. *Exposición de motivos*, par. VI.1 e artt. 77.1 e 113 LJCA.

⁶⁶ Si veda M. Sánchez Morón, *La celeridad del proceso contencioso-administrativo*, cit., p. 65, il quale prosegue affermando che i tempi del processo, per il resto abbastanza contenuti, si allungano solitamente in corrispondenza della conclusione della fase istruttoria e fino all'emanazione della sentenza, oscillando in media tra i sei e i nove mesi (anche se con notevoli eccezioni).

⁶⁷ Si veda G. Berti, *Corso breve di giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 2004, part. p. 218.

⁶⁸ «Quello che si cerca di ottenere è semplicemente dare all'amministrazione l'opportunità di risolvere il conflitto e di evitare l'intervento del giudice» (*Exposición de*

lo stesso oggetto per dare la precedenza alla definizione di uno o più di essi, estendendo poi gli effetti della sentenza a tutti coloro che sono stati interessati dalla disposta sospensione⁶⁹; la possibilità di dichiarare inammissibile il ricorso quando siano stati rigettati nel merito, con sentenza passata in giudicato, altri ricorsi sostanzialmente identici⁷⁰.

E ancora, la possibilità di applicare, a certe condizioni, gli effetti di una sentenza definitiva in materia tributaria o di lavoro alle dipendenze della p.a. a coloro che si trovino in situazione identica a quella decisa dalla sentenza stessa⁷¹ e i limiti posti all'appello e al ricorso per cassazione dinanzi al Tribunale Supremo⁷².

Il secondo grado di giudizio è difatti escluso per le «questioni di minore entità». L'appello è tuttavia sempre possibile quando la questione non è stata affrontata nel merito, a garanzia del diritto alla tutela giudiziale effettiva, come anche nel processo per la protezione dei diritti fondamentali, nelle controversie tra amministrazioni, e quando si decida della impugnazione indiretta dei regolamenti, «per il maggior peso che *a priori* hanno tutte queste questioni»⁷³. Le restrizioni poste alla possibilità di ricorrere in cassazione avverso le sentenze del giudice contenzioso-amministrativo, che colpiscono essenzialmente le controversie di media entità, alcune di quelle relative al personale, le liti in materia elettorale e in ordine al diritto fondamentale di riunione, sono una misura ugualmente necessaria, dal momento che «l'alternativa implicherebbe l'aumento progressivo del carico» del Tribunale Supremo, «già oggi largamente superiore a quello che sarebbe ragionevole»⁷⁴.

Nell'intento di evitare la proliferazione dei ricorsi, il legislatore spagnolo si è forse spinto un po' troppo oltre: l'allargamento delle maglie della inammissibilità, fino a ricomprendere i ricorsi «sostanzialmente uguali» ad altri già rigettati nel merito con sentenza definitiva e quelli contro la via di fatto quando sia «evidente» che essa non sussiste, rischia di pregiudi-

motivos, par. V). La stessa finalità viene attribuita all'intimazione che il privato può rivolgere alla p.a. prima di adire il giudice contro la via di fatto. Va detto, però, che l'intimazione in questo caso – a differenza della richiesta di cui all'art. 29.1 – è semplicemente facoltativa, anche se il gioco dei termini ne rende inevitabile la proposizione posto che, in sua assenza, il termine (peraltro assai breve: venti giorni) per la presentazione del ricorso decorre dall'inizio» della via di fatto, con l'alea che ne consegue (cfr. F. López Menudo, *Art. 30. Comentario*, cit., p. 320 e A.B. Gómez Díaz, *Recurso contro vías de hecho: una regulación peligrosa y problemática*, in *RAP*, 2000 [151], p. 222).

⁶⁹ Cfr. artt. 37.2 e 3 e 111. La *Exposición de motivos*, par. V, indica queste disposizioni come il frutto di una «preoccupazione di rendere più agile lo svolgimento delle cause», che è «dominante».

⁷⁰ Si veda *supra*.

⁷¹ Cfr. *Exposición de motivos*, par. VI.3 («anche se regolata con la necessaria cautela, l'apertura può evitare la reiterazione di molteplici processi innessari») e art. 110 LJCA.

⁷² Si vedano artt. 81 e 86 LJCA.

⁷³ Cfr. *Exposición de motivos*, par. VI.2.

⁷⁴ Cfr. *Exposición de motivos*, par. VI.2.

care il diritto alla tutela giudiziale; rischio che appare tanto più probabile ove si consideri che la inammissibilità può essere pronunciata addirittura prima della presentazione della *demanda* motivata e dunque sulla base del solo, limitato materiale fornito dallo scritto di interposizione del ricorso⁷⁵.

4.3 I tratti caratterizzanti la disciplina di ciascuna «modalità di ricorso»

Per quanto riguarda la disciplina del ricorso avverso gli atti amministrativi⁷⁶, essa accomuna, fatto salvo unicamente il diverso regime dei termini di impugnazione, gli atti espressi e quelli «presunti». Con quest'ultima espressione, la LJCA del 1998 designa le ipotesi di silenzio significativo sia positivo che negativo⁷⁷. E ciò pone problemi di coordinamento con l'art. 43 LRJPAC che, a seguito delle modifiche del 1999, ha abbandonato lo schema teorico dell'atto presunto proprio della formulazione originaria della legge (1992). Il silenzio con valore di diniego produce attualmente l'unico effetto di consentire l'accesso alla giurisdizione; non pone termine al procedimento e non esenta l'amministrazione dal provvedere espressamente «senza vincolo alcuno al significato attribuito al silenzio» stesso (art. 43.4 lett. *b*). Il silenzio positivo è invece equiparato a tutti gli effetti all'atto amministrativo espresso, tanto che ogni determinazione successiva non può che essere confirmatoria (art. 43.4. lett. *a*)⁷⁸.

La riforma della giustizia amministrativa del 1998, poi, riecheggia gli artt. 41 e 42 LJCA del 1956 là dove dispone che, a fronte degli atti (e del silenzio significativo) dell'amministrazione, si possa richiedere la «dichiarazione di non conformità a diritto e, se del caso, di annullamento» dell'atto

⁷⁵ Si veda J.L. Meilán Gil, *La aplicación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva*, in AA.VV., *El procedimiento administrativo y el control judicial de la Administración Pública*, Madrid, INAP, 2001, p. 28 ss.

⁷⁶ Sulla difficoltà di tracciare in modo netto i confini della nozione di atto amministrativo, anche in relazione al diffondersi dell'utilizzo del diritto privato da parte della p.a., si veda C. Chinchilla Marín, *El objeto del recurso contencioso-administrativo: actos administrativos y vía de hecho*, in L.F. Colaço Antunes e F. Sáinz Moreno (a cura di), *Colóquio Luso-Espanhol*, cit., p. 120 ss. Questo alveo processuale è utilizzato, fatte salve alcune peculiarità relative alla fase introduttiva del giudizio, dalla stessa amministrazione che, dichiarata la lesività di un proprio atto annullabile, lo impugni dinanzi al giudice contenzioso-amministrativo affinché ne sia pronunciato l'annullamento (cfr. art. 103.2 LRJPAC; artt. 45.4, 46.5 e 49.6 LJCA).

⁷⁷ Cfr. art. 46.1 LJCA, che indica in due mesi dalla notifica o pubblicazione il termine per ricorrere avverso i primi, e in sei mesi dalla loro formazione il termine per ricorrere contro i secondi. La giurisprudenza ha tuttavia escluso l'applicabilità di un termine di decadenza allorché si ricorra avverso il silenzio significativo (cfr. J.E. Soriano, *Silencio administrativo e impugnación jurisdiccional: la resurrección de un Lazaro administrativo*, in RAP, 2000 [151], p. 281 ss.)

⁷⁸ Si veda R. Pizarro Nevado, *El recurso contencioso-administrativo contra el silencio administrativo*, in S. Raimondi e R. Ursi (a cura di), *La riforma della giustizia amministrativa*, cit., p. 379 ss.

espresso o presunto (art. 31.1), e far valere «anche» (*también*) la pretesa al riconoscimento di una situazione giuridica soggettiva e all'adozione delle misure idonee al pieno e completo ristoro della stessa, compreso il risarcimento dei danni subiti (art. 31.2).

Nonostante l'ampia formulazione utilizzata dalla LJCA, dell'art. 31 – come in passato degli artt. 41 e 42 LJCA del 1956 – si dà generalmente un'interpretazione abbastanza restrittiva. E ciò è da attribuirsi soprattutto alla suggestione esercitata dalla tradizione⁷⁹. Innanzitutto, la possibilità di richiedere (e ottenere) sentenze meramente dichiarative finisce per essere circoscritta alle ipotesi di nullità di pieno diritto dell'atto che si impugna⁸⁰. La pretesa al riconoscimento di una situazione giuridica soggettiva, poi, è solo «un'appendice» rispetto alla pretesa di annullamento, è «la conseguenza logica che nel caso concreto trae il giudice dal fatto di avere annullato l'atto», nel senso che viene ad essere utilizzata per chiedere il ripristino della situazione anteriore all'emanazione del provvedimento annullato⁸¹. Tende dunque ad escludersi che la pretesa in oggetto possa essere esercitata, affinché – annullato un atto (espresso o presunto) di rigetto e in presenza di un potere amministrativo vincolato – la p.a. sia condannata ad adottare un provvedimento avente un determinato contenuto. Né, del resto, una simile pronuncia può derivarsi implicitamente dall'annullamento⁸².

Neppure l'azione risarcitoria, infine, si ritiene sia dotata di autonomia; anch'essa dunque ha carattere complementare rispetto al previo annullamento dell'atto impugnato⁸³.

⁷⁹ Cfr. M. García Pérez, *El objeto del proceso contencioso-administrativo*, in Id. (a cura di), *Jornadas de estudio*, cit., p. 77 ss. La stessa *Exposición de motivos* sembra assecondare questa tendenza, là dove afferma che «del ricorso avverso gli atti, il migliore disciplinato nel periodo precedente, c'è poco da riformare» (par. V).

⁸⁰ Si veda tuttavia per alcune precisazioni al riguardo F. Córdón Moreno, *El proceso*, cit., p. 152. La LJCA non disciplina in maniera specifica l'impugnazione degli atti amministrativi nulli ex art. 62.1 LRJPAC, anche perché essa può essere in qualche modo «assorbita» dal ricorso contro la via di fatto (su cui cfr. *infra*).

⁸¹ Si veda S. González Varas-Ibáñez, *Comentarios*, cit., part. p. 234, che porta ad esempio il rimborso di quanto pagato dal soggetto al quale era stato richiesto un tributo non dovuto (di cui alla sentenza del Tribunal Supremo, 26 gennaio 1996, Ar. 527): «sono le pretese che qualche ordinamento giuridico europeo denomina «pretese all'eliminazione di una situazione illegale», contemplate, comunque, come un'appendice o conseguenza dell'annullamento (*Folgenbeseitigungsansprüche*)». Sul carattere complementare di questa pretesa rispetto a quella principale di annullamento si veda inoltre M. García Pérez, *op. e loc. ult.* cit., secondo la quale depone in tal senso anche l'attuale art. 42.1, lett. b, LJCA che, nell'indicare i criteri di quantificazione del valore della causa, fa riferimento ai casi in cui il ricorrente chieda «oltre (*además*) all'annullamento» il riconoscimento di una situazione giuridica soggettiva.

⁸² Cfr. S. González Varas-Ibáñez, *Comentarios*, cit., p. 232 ss. e, in giurisprudenza, la sentenza del Tribunal Supremo, 21 maggio 1992, Ar. 4176.

⁸³ Si veda ancora S. González Varas-Ibáñez, *Comentarios*, cit., p. 234 s. Si tenga inoltre presente che il risarcimento dei danni causati dalla p.a. deve essere sempre e in ogni caso richiesto alla stessa amministrazione prima di poter adire il giudice

Queste stesse pretese possono farsi valere nel caso in cui si impugnino direttamente un regolamento⁸⁴ o un decreto legislativo che abbia ecceduto i limiti tracciati dalla legge-delega, con una avvertenza: i regolamenti e gli atti ad essi equiparati possono incorrere solo nella nullità di pieno diritto⁸⁵. E ciò significa che a fronte di essi, nonostante quanto disposto dall'art. 31.1 LJCA, è possibile richiedere una sentenza dichiarativa (della nullità, appunto), e non già costitutiva (dell'annullamento).

Il relativo ricorso, da presentarsi entro due mesi dalla pubblicazione del regolamento o del decreto legislativo, deve essere trattato in via preferenziale e la sua definizione deve essere anteposta ad ogni altro, con la sola esclusione di quelli proposti a tutela dei diritti fondamentali (art. 66 LJCA). E ciò, dati gli «effetti generali» prodotti da un'eventuale sentenza di accoglimento del ricorso⁸⁶, si spiega agevolmente con la necessità di evitare o che l'attività amministrativa si paralizzi in attesa della pronuncia del giudice, o che al contrario l'amministrazione adotti provvedimenti sulla base di un atto normativo successivamente dichiarato nullo⁸⁷.

Oltre all'impugnazione diretta, è possibile quella indiretta; la mancata proposizione o il rigetto della prima non precludono la seconda (art. 26.1 e 2 LJCA).

Anzi, in due casi l'impugnazione, seppur indiretta, consente al giudice contenzioso-amministrativo di dichiarare la nullità di pieno diritto del regolamento o del decreto legislativo: quando il giudice competente «a conoscere del ricorso contro un atto fondato sull'invalidità di una disposizione generale lo sia anche per conoscere del ricorso diretto contro quella medesima disposizione» (art. 27.2); e quando della impugnazione indiretta sia investito il Tribunale Supremo (art. 27.3). Al di fuori di questi casi, il giudice che abbia emanato una sentenza divenuta definitiva con cui ha accolto il ricorso avverso un atto a motivo della illegittimità del

(cfr. art. 142 LRJPAC e Regolamento del 26 marzo 1993). E ciò significa che anche quando si faccia valere la responsabilità derivata da attività amministrativa non provvedimentale il giudizio viene introdotto mediante l'impugnazione di un atto (espresso o presunto) di rigetto della richiesta di danni.

⁸⁴ Sulla difficoltà, in alcuni casi, di circoscrivere la nozione di regolamento e, con essa, ancora una volta l'ambito di applicazione di uno dei diversi ricorsi previsti nella legge del 1998, si veda I. Agirreazkuenaga, *El control de las disposiciones generales y de los decretos legislativos*, in L.F. Colaço Antunes e F. Sáinz Moreno (a cura di), *Colóquio Luso-Espanhol*, cit., p. 174 ss.

⁸⁵ Cfr. art. 62.2 LRJPAC: «sono anche nulle di pieno diritto le disposizioni amministrative che violino la Costituzione, le leggi o altre disposizioni di rango superiore, quelle che regolino materie riservate alla regolazione mediante legge, e quelle che stabiliscano la retroattività di disposizioni sanzionatorie, non favorevoli o restrittive dei diritti individuali».

⁸⁶ Cfr. art. 72.2 LJCA.

⁸⁷ Cfr. I. Agirreazkuenaga, *El control de las disposiciones generales*, cit., p. 179 ss.

regolamento o del decreto legislativo è tenuto a porre la cosiddetta *cuestión de ilegalidad* (art. 27.1)⁸⁸.

La LJCA disciplina poi, come anticipato, un apposito ricorso contro l'inattività (materiale) dell'amministrazione, comunemente ritenuto, insieme al ricorso contro la via di fatto, una delle più importanti novità introdotte nel 1998.

Esso dà la possibilità, entro tre mesi dalla presentazione di un invito ad adempiere rivolto all'amministrazione e rimasto inascoltato, di chiedere al giudice che la p.a. sia condannata a porre in essere entro un dato termine quella «prestazione concreta» che, «in virtù di una disposizione generale che non necessita di atti di applicazione, o in virtù di un atto, contratto o accordo amministrativo» è obbligata a compiere nei confronti di una o più persone determinate⁸⁹.

Si ritiene generalmente che il ricorrente possa avanzare, quale pretesa ulteriore, complementare a quella principale di condanna, la richiesta di risarcimento dei danni subiti⁹⁰. La ragione risiederebbe nel fatto che la condanna ad un *facere* nei confronti di una o più persone determinate presuppone sempre il riconoscimento di una situazione giuridica individualizzata in capo ad esse, le quali dunque potranno richiedere anche l'adozione delle misure idonee al suo pieno e completo ristoro⁹¹.

Le misure cautelari, a contenuto atipico, possono essere richieste e concesse in questo caso, così come nell'ipotesi in cui la p.a. abbia agito mediante via di fatto, anche prima della proposizione del ricorso che deve interpersi nei 10 giorni successivi alla notifica del provvedimento provvisorio (art. 136.2 LJCA). Sono adottate, sia prima che dopo l'avvio del

⁸⁸ Entro i cinque giorni successivi al passaggio in giudicato della sentenza, deve sollevare la questione di illegittimità del regolamento o dell'atto ad esso equiparato dinanzi al giudice competente. La questione deve essere limitata alle sole disposizioni sulla cui presunta illegittimità si è fondata la sentenza di accoglimento del ricorso (art. 123). Sono previsti termini brevi per la notifica alle parti e la consegna del fascicolo da parte del giudice (art. 123.2 e 124). Il rito termina senza udienza o conclusioni (art. 125).

⁸⁹ Cfr. artt. 29.1, 32.1 e 71.1, lett. c, LJCA.

⁹⁰ Cfr. M. Sánchez Morón, *El objeto del recurso contencioso-administrativo*, cit., p. 209 e M. López Benitez, *El recurso contencioso-administrativo contra la inactividad y la vía de hecho de la Administración en la nueva Ley de la Jurisdicción*, in S. Raimondi e R. Ursi (a cura di), *La riforma della giustizia amministrativa*, cit., p. 117.

⁹¹ Ciò sembrerebbe confermato dall'art. 71 LJCA, che, nell'indicare il contenuto di una eventuale sentenza di accoglimento del ricorso, pare svincolare – a differenza dell'art. 31 citato in precedenza – la richiesta di riconoscimento di una situazione giuridica individualizzata e la conseguente adozione delle misure idonee al suo pieno ristoro dall'annullamento dell'atto impugnato, consentendone la combinazione anche con le pretese esercitabili a fronte della inattività della p.a. La combinazione dell'azione risarcitoria con le pretese esercitabili contro la via di fatto è invece espressamente prevista, come vedremo, dall'art. 32.2.

processo, al ricorrere del solo *fumus boni iuris*⁹², a meno che «la misura non provochi un turbamento grave degli interessi generali o del terzo», là dove, fermo quest'ultimo limite, l'art. 130 dispone che «previa valutazione circostanziata di tutti gli interessi in conflitto, la misura cautelare può essere concessa solo quando l'esecuzione dell'atto o l'applicazione della disposizione [generale] possa vanificare il conseguimento della legittima finalità del ricorso».

Vi è tuttavia un problema: non risulta chiaro quali siano le fattispecie cui si applica la disciplina ora in esame⁹³. La *Exposición de motivos* precisa che il ricorso è diretto a ottenere che l'amministrazione compia una determinata «prestazione materiale» o adotti un atto espresso al termine di un procedimento avviato d'ufficio, là dove non opera il meccanismo del silenzio significativo⁹⁴. Ma vi sono anche altre ipotesi che risultano escluse dall'ambito di applicazione del silenzio significativo. E non vi è alcun motivo per cui ad esse non debba estendersi la disciplina del ricorso contro l'inattività. Si allude alle ipotesi in cui ciò che l'amministrazione dovrebbe adottare e non adotta non è un provvedimento, ma una dichiarazione di conoscenza come un certificato, o di giudizio come un parere, o un atto procedimentale come la convocazione di un organo collegiale⁹⁵. Viene, invece, generalmente esclusa la possibilità di utilizzare il ricorso in esame contro la cosiddetta «inattività regolamentare», dal momento che l'art. 29.1 parla di una «prestazione concreta» da erogare a favore di «una o più persone determinate»⁹⁶.

⁹² Si veda l'art. 136.1 LJCA, là dove afferma che «nelle ipotesi di cui agli artt. 29 e 30, la misura cautelare si adotta salvo che risulti evidente che non ricorrono le fattispecie previste in detti articoli». Si è così trasposto alle ipotesi di via di fatto e inattività della p.a. il regime cautelare in precedenza previsto dalla *Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona* (LPDF), n. 62 del 1978, con riferimento, appunto, alla tutela dei diritti fondamentali.

⁹³ L'art. 29.1, che circoscrive l'ambito di applicazione del ricorso contro l'inattività dell'amministrazione, è connotato da una certa vaghezza che ne rende difficoltosa l'interpretazione. Per non parlare del rischio di sovrapposizione con la diversa fattispecie disciplinata dall'art. 29.2, che contempla l'ipotesi della mancata esecuzione di atti inoppugnabili (si veda T. de la Quadra-Salcedo, *Art. 29. Comentario*, in *Comentarios a la Ley de la de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, in REDA, 1998 [100], p. 300 ss. e M. Sánchez Morón, *El objeto del recurso contencioso-administrativo*, cit., p. 194 ss.).

⁹⁴ Cfr. par. V. E in effetti l'art. 71.1, lett. c, disciplina insieme la sentenza che imponga l'emanazione di un atto e quella con cui si condanni all'esecuzione di un'attività obbligatoria.

⁹⁵ Cfr. M. Sánchez Morón, *El objeto del recurso contencioso-administrativo*, cit., p. 204 ss.

⁹⁶ Cfr. M. Sánchez Morón, *El objeto del recurso contencioso-administrativo*, cit., p. 207 e I. Agirreazkuenaga, *El control de las disposiciones generales*, cit., p. 172 ss. Eppure la giurisprudenza ha ammesso, seppur con cautela, la possibilità di giudicare questo tipo di inattività: si vedano le sentenze del Tribunal Supremo, 16 gennaio 1998 (Ar. 566) e 14 dicembre 1998 (Ar. 154), secondo cui il mancato esercizio del

Pone problemi interpretativi che incidono sul suo ambito di applicazione anche il ricorso contro la «via di fatto». La definizione di questo concetto si ricava solo indirettamente dagli artt. 101 LRJPAC e 51.3 LJCA, che alludono entrambi ad attività (materiali) compiute in assenza del procedimento legalmente previsto o in carenza di potere⁹⁷. La dottrina identifica perciò la «via di fatto» nell'attività materiale posta in essere dalla p.a. nell'ipotesi in cui ricorrano determinati vizi che attengono al procedimento anche esecutivo (quali la carenza assoluta di procedimento; vizi essenziali del procedimento, intendendo per tali quelli che incidono su passaggi identificativi del procedimento stesso; svolgimento di un procedimento diverso da quello legalmente previsto); ovvero determinati vizi che riguardano il previo atto amministrativo (come l'assenza del titolo; la revoca, l'invalidità o l'inefficacia del titolo stesso, o perché sospeso o perché sono venuti meno i presupposti che ne giustificavano l'esistenza; l'assenza di notifica e di adempimenti precedenti l'esecuzione); oppure, infine, determinati vizi dell'esecuzione (quali la difformità tra il contenuto dell'atto e l'attività di esecuzione o l'assenza di proporzionalità nell'esecuzione)⁹⁸. La giurisprudenza ha invece fatto proprio un orientamento interpretativo più restrittivo, escludendo ad esempio che costituisca via di fatto l'attività materiale posta in essere dall'amministrazione sulla base di un atto la cui esecuzione è stata sospesa in sede di ricorso amministrativo⁹⁹.

Comunque, a fronte della via di fatto il ricorrente, tenuto a rivolgersi al giudice nel breve termine di dieci giorni dall'intimazione rivolta alla p.a. ovvero, in mancanza di questa, nei venti giorni successivi all'inizio dell'attività lesiva, può richiedere «che si dichiari contraria a diritto, che se ne ordini la cessazione» e inoltre che si adottino, ove necessario, le misure idonee al pieno ristabilimento della situazione giuridica lesa, ivi compreso il risarcimento del danno (art. 32.2 LJCA). I termini brevi di interposizione del ricorso, uniti alla possibilità di ottenere prima e più facilmente una tutela in via cautelare, dimostrano che il legislatore ha voluto offrire una protezione più rapida, quasi immediata, là dove l'azione della p.a. non sia supportata (neppure) in apparenza da un titolo che la legittimi¹⁰⁰.

La LJCA prevede infine disposizioni specifiche circa l'esecuzione delle sentenze di condanna a un *facere* e al pagamento di una somma di denaro.

potere regolamentare può essere sindacato in sede giudiziale quando «determini implicitamente la creazione di una situazione giuridica contraria alla Costituzione o all'ordinamento giuridico».

⁹⁷ Si vedano F. López Menudo, *Art. 30. Comentario*, in *Comentarios a la Ley de la de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998* cit., p. 316 ss. e C. Chinchilla Marín, *El objeto del recurso contencioso-administrativo*, cit., p. 133 ss.

⁹⁸ Cfr. F. López Menudo, *Art. 30. Comentario*, cit., p. 317 ss.

⁹⁹ Si veda C. Chinchilla Marín, *El objeto del recurso contencioso-administrativo*, cit., p. 135 ss.

¹⁰⁰ Si veda M. Sánchez Morón, *El objeto del recurso contencioso-administrativo*, cit., p. 218.

Per quanto riguarda le prime, in caso di mancato adempimento della p.a. entro il termine di due mesi il giudice può o eseguire la sentenza con mezzi propri o con la collaborazione di autorità o agenti amministrativi, oppure disporre l'esecuzione sussidiaria – da parte di un privato – con oneri economici a carico dell'amministrazione (art. 108).

Per quanto riguarda le sentenze di condanna al pagamento di una somma di denaro, trascorso invano il termine per la loro esecuzione (che è pari a tre mesi), le parti possono richiedere l'esecuzione forzata. In quella sede, il giudice può aumentare di due punti percentuali l'interesse che la p.a. deve corrispondere sulla somma di cui è debitrice, in considerazione del comportamento da essa tenuto (art. 106.3). La LJCA nulla dispone circa l'espropriabilità dei beni pubblici. Le disposizioni relative sono contenute nella legge sul patrimonio delle pubbliche amministrazioni, n. 33 del 2003, poi confermate dalla legislazione successiva.

4.4 *Le criticità di questo modello sotto il profilo dell'adeguatezza della tutela erogata*

Il dibattito che ha preceduto la LJCA del 1998 si è concentrato sull'ampliamento del novero delle azioni esercitabili e sul conseguente arricchimento dei poteri giudiziali in sede cautelare e in fase di esecuzione della sentenza quali condizioni indispensabili per il superamento del *character revisor* del processo contenzioso-amministrativo e la realizzazione dell'effettività della tutela a fronte dell'azione amministrativa. La dottrina si è mostrata invece pressoché indifferente verso le modalità mediante le quali dette azioni avrebbero dovuto esercitarsi, se all'interno di un unico rito oppure di riti distinti. Il che sembra tradire la convinzione secondo cui la scelta per l'ampliamento dell'oggetto del rito ordinario o, al contrario, per la configurazione di riti differenti in relazione a ciascuna delle diverse azioni non è questione pregiudiziale e che rilevi di per sé; la preoccupazione per l'effettività della tutela era così assorbente che qualunque opzione al riguardo poteva risultare ugualmente condivisibile nella misura in cui avesse contribuito a raggiungere quell'obiettivo.

Ebbene, una volta varata la riforma del 1998, qualche voce (isolata) si è levata a criticare la scelta del legislatore sul punto: si è lamentato in particolare il fatto che il ricorso avverso le attività materiali della p.a. costituenti via di fatto non sia stato canalizzato in un apposito rito speciale o quantomeno disciplinato, nella legge, all'interno di uno stesso capitolo. La visione d'insieme delle norme preposte alla regolamentazione di detto ricorso avrebbe permesso di valutare meglio, nell'ambito del dibattito parlamentare, i molteplici aspetti e i «non pochi» problemi che l'istituto della *via de hecho* pone¹⁰¹. E non si allude solo alle difficoltà definitorie cui si è già accennato, ma anche al fatto che il rito ordinario e, soprattutto, le fasi preparatoria e istrut-

¹⁰¹ Cfr. F. López Menudo, *Art. 30. Comentario*, cit., p. 314 ss.

toria al suo interno sono stati costruiti intorno all'atto e al fascicolo amministrativo, laddove la via di fatto consiste di un'attività materiale spesso non supportata da alcun tipo di documentazione scritta¹⁰².

È ancora forte, infatti, l'influenza esercitata dalla tradizione, dal modello impugnatorio: lo osservano anche coloro che pure non mettono in discussione la scelta del legislatore di convogliare le diverse azioni esperibili nell'ambito di un unico rito, quello ordinario¹⁰³. Il problema dunque non si pone solo a livello di struttura procedurale, ma (ancora e) soprattutto a livello di forme di tutela fruibili.

Il profilo della disciplina in cui più evidente è il retaggio del modello impugnatorio è costituito dalla centralità dell'azione di annullamento in caso di ricorso avverso un atto (anche negativo, espresso o presunto che sia, laddove è chiaro che il ricorrente aspira a che la p.a. sia condannata all'emanazione dell'atto a suo tempo richiesto). La tutela demolitoria è, infatti, a tutt'oggi pregiudiziale rispetto alle altre forme di tutela erogabili a fronte dell'impugnazione di un atto illegittimo. Non solo; tra queste ultime – come abbiamo visto – non è ricompresa la possibilità di richiedere che la p.a. sia condannata all'emanazione di un provvedimento.

5. I riti differenziati

5.1 Il rito abbreviato

Dell'ambito di applicazione del rito abbreviato si è detto. Resta adesso da descriverne la struttura procedurale.

Il rito abbreviato è improntato all'oralità e alla concentrazione. Il processo si avvia direttamente con la presentazione della *demanda*, a cui il ricorrente deve allegare gli atti e documenti che si accompagnano al ricorso e quelli sui quali fonda la propria pretesa (art. 78.2). Il giudice, una volta ammessa la *demanda*, la trasmette alla controparte e comunica la data dell'udienza. Egli ordina contestualmente all'amministrazione di consegnare l'*expediente* almeno quindici giorni prima di quella data (art. 78.3).

Depositato l'*expediente*, il giudice lo trasmette al ricorrente e alle altre parti costituite affinché possano formulare le loro allegazioni in udien-

¹⁰² Si veda F. López Menudo, *Defensa del administrado contra la vía de hecho*, in AA.VV., *El procedimiento administrativo*, cit., p. 248.

¹⁰³ Si vedano, tra gli altri, V. Aguado i Cudolà, *El recurso contra la inactividad de la Administración en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2001; J.M. Baño León, *El silencio administrativo: notas sobre una regulación anacrónica*, in *El derecho administrativo en el umbral del Siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, vol. II, coord. da F. Sosa Wagner, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, part. p. 1346 ss.; S. González Varas-Ibáñez, *Comentarios*, cit., p. 38 ss. e p. 249 ss.

za (art. 78.4). L'udienza è aperta quando compaia almeno il ricorrente. La sua assenza equivale ad una rinuncia al ricorso e comporta la condanna alle spese (art. 78.5).

È in udienza che possono essere sollevate le eccezioni di inammissibilità del ricorso e che può essere proposta l'assunzione delle prove necessarie a chiarire i fatti esposti dalle parti dinanzi al giudice (art. 78.7 e 10). I mezzi di prova sono gli stessi del rito ordinario, con alcuni adattamenti imposti dal carattere concentrato e orale del processo (art. 78.12). Contro i provvedimenti con cui si ammettono i mezzi di prova le parti devono proporre reclamo e il giudice deve deciderlo in udienza (art. 78.17).

Dopo l'assunzione dei mezzi istruttori, le parti possono chiedere di essere nuovamente sentite (art. 78.19). Il giudice infine deve emanare la sentenza nei dieci giorni successivi alla data di udienza (art. 78.20).

Naturalmente, quando tra i fatti allegati dalle parti non vi è contrasto, non è stata richiesta l'assunzione di prove, la controversia coinvolge solo profili giuridici, e le parti non vogliono formulare conclusioni, il giudice può pronunciare direttamente la sentenza (art. 78.11).

Per quanto non previsto nell'art. 78 si applicano le disposizioni generali della LJCA, dai termini di proposizione del ricorso a quelli per la *remisión del expediente administrativo*, ai termini e alle modalità per la concessione delle misure cautelari¹⁰⁴.

In generale il rito abbreviato viene valutato positivamente. La critica che si muove al legislatore, tuttavia, è l'aver previsto che il giudice debba essere adito presentando direttamente la *demandà*, prima che il ricorrente disponga dell'*expediente*¹⁰⁵. Questo potrebbe convertire il processo in una corsa ad ostacoli, in cui il ricorrente può incontrare delle (anche notevoli) difficoltà, dapprima, nell'individuare i motivi che sostengono la sua pretesa e, dopo, se la p.a. consegna il fascicolo in ritardo, a ridosso dell'udienza, nel formulare le allegazioni e la richiesta di prove dinanzi al giudice.

5.2 Il rito a tutela dei diritti fondamentali

Il legislatore, trasponendo il rito a tutela dei diritti fondamentali all'interno della LJCA del 1998, ha dato attuazione al disposto dell'art. 53.2 CE che prescrive, a garanzia di quegli stessi diritti, «un procedimento basato sui principi di preferenza e sommarietà». La LPDF del 1978 aveva soppresso la necessità del previo ricorso amministrativo, agevolato la concessione delle misure cautelari, semplificato il procedimento e abbreviato i termini, conferito al giudice contenzioso-amministrativo poteri più ampi di quelli di cui disponeva nel rito ordinario, dal momento che poteva estendere il proprio sindacato ai regolamenti e all'inattività dell'amministrazione. E

¹⁰⁴ Si veda A. Olmedo Gaya, *El procedimiento abreviado*, cit., p. 366 in nota.

¹⁰⁵ Si veda ancora A. Olmedo Gaya, *El procedimiento abreviado*, cit., p. 375.

tuttavia, il rito così disciplinato non aveva i caratteri della sommarietà e preferenza nella trattazione richiesti dalla CE¹⁰⁶.

Le libertà e i diritti cui si riferisce il rito speciale disciplinato dagli artt. 114 ss. LJCA sono, sulla base del già citato art. 53.2 CE: l'uguaglianza dinanzi alla legge; il diritto alla vita e all'integrità fisica e morale; la libertà di pensiero e di culto; il diritto alla libertà e alla sicurezza; il diritto all'onore, all'intimità e alla propria immagine; la libertà di circolazione e soggiorno; il diritto all'informazione e la libertà di espressione; il diritto di associazione; il diritto a partecipare alla vita pubblica e il diritto di accesso alle funzioni e agli incarichi pubblici; il diritto alla tutela giudiziale effettiva; la legalità e tipicità delle sanzioni amministrative; il diritto all'istruzione e la libertà di insegnamento; la libertà sindacale; il diritto di sciopero; il diritto all'obiezione di coscienza.

I tratti fondamentali della disciplina processuale sono, come detto, il carattere «preferente» (art. 114, c. 3) e la «sommarietà», che si traduce in termini abbreviati per la proposizione del ricorso (dieci giorni), per la richiesta dell'*expediente* (il medesimo giorno dell'interposizione del ricorso o quello successivo), per la *remisión* dello stesso da parte della p.a. (cinque giorni dalla richiesta) e per la formulazione della *demanda* da parte del ricorrente (otto giorni dalla conoscenza dell'*expediente*); nonché nella pronuncia della sentenza una volta conclusa l'assunzione delle prove, senza udienza né deposito delle conclusioni. Altri connotati peculiari del rito consistono nel fatto che il mancato deposito del fascicolo non impedisce al processo di seguire il suo corso (art. 116.4); che è contemplato l'intervento del *Ministerio Fiscal* (art. 119); che è sempre previsto un secondo grado di giudizio quasi a compensare la sommarietà della cognizione del giudice di prime cure.

La nuova regolamentazione del rito presenta, tuttavia, alcuni aspetti problematici: il ricorso, nonostante debba presentarsi nel brevissimo termine di dieci giorni, deve contenere non solo l'indicazione del diritto o dei diritti che si pretendono lesi, ma anche «gli argomenti sostanziali» su cui esso si basa (art. 115.2)¹⁰⁷; una volta ricevuto il fascicolo o decorso il termine per il suo deposito, il giudice può convocare le parti per discutere dell'eventuale inammissibilità del ricorso, il che evidentemente può avvenire anche sulla sola base del ricorso. È tuttavia sempre possibile rivolgersi al giudice mediante il rito ordinario nei più ampi termini previsti a tal fine¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Cfr. J. González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, vol. II, Madrid, Civitas, 2003, IV ed., p. 2113.

¹⁰⁷ Peraltro si noti come qui, al pari del rito abbreviato, nell'intento di accelerare i tempi del giudizio, il legislatore obblighi il ricorrente a scoprire subito le proprie carte, prima di aver visionato il fascicolo, e dunque in un momento in cui i dati in suo possesso potrebbero essere anche assai limitati.

¹⁰⁸ Si veda E. García de Enterría e T.R. Fernández Rodríguez, *Curso*, cit., vol. II, p. 695, là dove segnala come «non infrequente» l'ipotesi che l'esperibilità del rito speciale venga preclusa da una pronuncia di inammissibilità.

È inoltre venuta meno, inspiegabilmente, ogni peculiarità relativa alla tutela cautelare¹⁰⁹. I poteri cognitori e decisorî del giudice, infine, sono gli stessi di cui egli dispone nel rito ordinario (vedi artt. 114.2 e 120).

Per quanto riguarda il diritto di riunione, è previsto un rito caratterizzato dalla estrema brevità dei termini di interposizione del ricorso (quarantotto ore) e di convocazione delle parti in udienza (quattro giorni); dalla oralità (le questioni vengono esposte e discusse nel contraddittorio tra le parti in udienza); dalla limitazione dei poteri del giudice ai soli «mantenimento o revoca» del divieto o delle modifiche alla manifestazione proposte dall'autorità amministrativa (vedi art. 122 LJCA).

¹⁰⁹ Si veda ancora E. García de Enterría e T.R. Fernández Rodríguez, *op. e loc. ult. cit.*

LA STRUTTURA DEL *CONTENTIEUX ADMINISTRATIF*,
LE TUTELE DIFFERENZIATE E I RITI SPECIALI
NELL'ORDINAMENTO FRANCESE

Wladimiro Gasparri

1. *Oggetto dell'indagine*

Il carattere costante della recente evoluzione normativa nel campo della tutela giurisdizionale nei confronti delle pubbliche amministrazioni, è costituito dalla trasformazione della missione della giurisdizione amministrativa. Una trasformazione che ha finito per configurare il giudizio amministrativo non più unicamente come lo strumento per verificare – su ricorso del titolare di una posizione giuridica qualificata – la conformità dell'agire amministrativo alle regole normative che disciplinano l'esercizio del potere pubblico, ma come il luogo della tutela delle situazioni giuridiche soggettive vantate dal privato nei confronti dell'(illegittimo) esercizio di quel medesimo potere. Anche laddove continua a resistere il modello giurisdizionale dualistico, lo scopo della giurisdizione amministrativa non è più soltanto quello di controllare il concreto esplicarsi della funzione pubblica e di garantire l'osservanza del diritto oggettivo, attraverso un giudizio preordinato a rimuovere dal mondo giuridico e con effetti *erga omnes* l'esito patologico dell'esercizio del potere ed a ripristinare la legalità violata. Il fine diviene – in forme e tempi diversi – quello di dare piena soddisfazione alle posizioni giuridiche soggettive. Questo mutamento ha determinato la riorganizzazione delle forme di tutela, dei poteri di decisioni del giudice e dello stesso rito processuale attorno al principio di eguaglianza delle parti nel processo ed ha imposto, in caso di fondatezza della pretesa, il necessario riconoscimento della possibilità di ottenere la piena reintegrazione degli interessi individuali giuridicamente rilevanti.

La necessità di garantire l'eguaglianza delle parti nel processo ha portato ad attribuire al giudice nuovi ed importanti poteri di decisione, sia nella fase introduttiva del processo, sia nella fase conclusiva. Sotto il primo profilo il riferimento è alle forme della tutela cautelare con l'attribuzione al giudice del potere di precludere all'autorità amministrativa l'esecuzione del provvedimento impugnato ovvero di adottare altre misure di conservazione. Nel secondo caso, il passaggio da una giurisdizione di tipo oggettivo ad una di tipo soggettivo, ha comportato la necessità di individuare gli strumenti in grado di garantire la piena soddisfazione del ricorrente che ottenga ragione, con l'attribuzione al giudice non soltanto del potere di annullamento del provvedimento amministrativo impugnato, ma altre-

si di più ampi poteri decisionali con riferimento tanto alla fase decisoria – con la previsione, a fianco della misura costitutiva di annullamento, di misure di carattere sia riparatorio-risarcitorio che ripristinatorio-restitutorio – quanto in sede di esecuzione del giudicato – con la definizione degli strumenti necessari a garantire l’adempimento dell’obbligo dell’amministrazione di conformarsi alla regola che scaturisce dal giudicato.

L’ampliamento e differenziazione delle forme di tutela è stato, poi, accompagnato da mutamenti che hanno inciso più direttamente sul rito processuale, con discipline preordinate a garantire la celerità del processo e l’effettività della tutela. Tra queste rientrano anche quelle misure che – talvolta in forza di tecniche legislative di ritaglio – prevedono procedure giurisdizionali speciali per la tutela di situazioni giuridiche soggettive avverso atti, provvedimenti e comportamenti della pubblica amministrazione, talora addirittura relative a specifici affari contenziosi, che nella recente esperienza giuridica italiana hanno assunto una importanza tale da porre queste ipotesi – per la natura del contenzioso e per gli interessi coinvolti – sempre più al centro del sistema della giurisdizione amministrativa.

Proprio con riferimento all’esperienza italiana, l’individuazione e la definizione di forme di tutela differenziate e di riti speciali è divenuta la risposta, sempre più frequente e sempre più circoscritta, alla domanda di tutela avanzata in relazione a determinate materie ritenute meritevoli di una particolare attenzione perché relative a settori che coinvolgono diritti e libertà fondamentali dell’individuo (ad esempio, la materia dell’informazione), ovvero perché richiedono celerità e certezza nell’esercizio dell’attività amministrativa in relazione agli interessi economici coinvolti (ad esempio, in materia di appalti e di realizzazione di opere pubbliche). La loro crescita esponenziale è, tuttora, tale da costringere l’interprete ad un quotidiano e affannoso (oltreché dispendioso) lavoro di ricostruzione del sistema nel suo complesso.

Quello che suscita più di un interrogativo non è tanto il ricorso alle forme di tutela differenziate e/o alla individuazione di riti speciali. Sotto questo profilo, infatti, l’evoluzione del sistema della giustizia amministrativa nel suo complesso è molto vicina a quella a cui abbiamo assistito, in tempi anche recenti, nel campo della tutela processuale civile: basti pensare, ad esempio, al rito del lavoro, alla tutela sommaria e ai provvedimenti di urgenza, nonché, da ultimo, al rito sommario di cognizione. Non solo: l’analisi comparata delle differenti esperienze giuridiche dei principali ordinamenti europei di giustizia amministrativa indica come ciascuno di essi contenga – secondo differenti modalità – forme di tutela differenziate e riti speciali¹.

Quello che provoca una profonda perplessità, nella recente esperienza giuridica italiana, sono le circostanze della loro creazione, ossia il continuo ricorso ad una tecnica legislativa che deliberatamente procede con il

¹ In proposito si rinvia ai lavori di R. Biani, M. Carrà, D. De Grazia e S. Torricelli contenuti nel presente volume.

metodo del ritaglio e del confezionamento di una specialità processuale commisurata sulla singola controversia che, con l'intento di incidere sui tempi processuali, dissimula finalità differenti e non sempre coerenti, quali quelle di rendere meno agevole l'accesso al giudice oppure di costruire percorsi privilegiati per taluni interessi. Al di là delle differenti valutazioni che possono essere date sui singoli aspetti di questo mutamento in corso, è indubbio che la sempre maggiore presenza di riti speciali ha prodotto una frammentazione del rito processuale ordinario tale da far fondatamente dubitare della loro stessa legittimità costituzionale. Nel momento in cui la differenziazione delle tutele e la specialità del rito sono definite con riguardo a singole vicende litigiose e ancor più a specifici interessi, esse finiscono per apparire del tutto aliene a qualsiasi idea di 'giusto processo' *ex art. 111 Cost.*, la cui attuazione dovrebbe, viceversa, mettere in discussione il modello processuale nel suo insieme e non in relazione a singole *issue*, riconsiderando la sua attualità e indicandone di differenti. L'unitarietà delle regole procedurali e dei riti nonché il superamento della frammentazione delle normative costituisce il presupposto della neutralità del processo: la configurazione di una pluralità di riti quante sono le tipologie di controversie mette in discussione il processo come strumento neutro rispetto agli interessi in gioco.

Tuttavia, il fenomeno della differenziazione delle tutele e della specialità dei riti nel campo della giustizia amministrativa, come ricordato, non è proprio della sola esperienza giuridica italiana, ma tende a riprodursi anche negli altri ordinamenti. In termini generali tutti i sistemi di tutela dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione appaiono sistemi in evoluzione, dotati ciascuno di una propria logica e come tali da analizzare sistema per sistema, senza la possibilità di generalizzare le linee di tendenza che riguardano ciascuno di essi². Le esigenze di certezza dell'azione amministrativa e di efficacia del processo amministrativo sono comuni a ciascun ordinamento; il contenimento dei tempi di durata del processo è anch'esso un dato comune, sebbene molto spesso la sua realizzazione sia da legare, più che altro, a profili di organizzazione dei mezzi e, soprattutto, del personale e solo, molto secondariamente, alla costruzione di 'riti processuali differenziati'. Al di là di queste considerazioni, le risposte dei singoli ordinamenti nazionali sono il più delle volte diverse e diventano funzione del livello di effettività di tutela che il sistema 'ordinario' è in grado di assicurare in via generale e della capacità di questo stesso sistema di adeguarsi e rispondere alle nuove domande di tutela.

A partire da quest'ultima considerazione, se è innegabile che gran parte dei sistemi di giustizia amministrativa hanno presentato e con-

² In proposito, oltre agli scritti contenuti in questo volume, cfr. D. De Pretis, *La giustizia amministrativa*, in G. Napolitano (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, p. 283. ss.; M. Fromont, *La place de la justice administrative française en Europe*, in *Droit adm.*, 2008 (7), p. 8 ss.

tinuano a presentare forme differenziate di tutela e riti speciali – basti pensare alle controversie in materia elettorale e alla specialità del rito che le assiste un po' ovunque – tuttavia non tutti gli ordinamenti sono stati investiti dai mutamenti che su questo punto hanno caratterizzato l'ultimo decennio dell'esperienza italiana. E anche laddove questa evoluzione appare più consistente, come nell'ordinamento francese, essa ha percorso vie ed ha assunto modi ben differenti da quelli italiani, con un riassetto globale degli equilibri tra le varie forme di tutela e il ripensamento complessivo delle forme della specialità del rito. Proprio in ragione di ciò nelle pagine che seguono si intende indagare come questo fenomeno abbia interessato e interessi il *contentieux administratif* francese.

La caratteristica tipica del *contentieux administratif* – costituita dalla costruzione attorno a due binari: quello del *contentieux objectif* (*recours pour excès de pouvoir*) e quello del *contentieux subjectif* (*recours de pleine juridiction*) – è proprio l'aspetto che meglio contribuisce a rendere interessante l'indagine.

Preso atto delle sistemazioni ricostruttive teorico-strutturali proprie della dottrina francese e lasciate, per il momento, a parte le forme di tutela cautelare e sommaria ricomprese sotto i c.d. *référés* – campo nel quale alla specialità del rito ricorre, a volte, per sommarsi anche una forte differenziazione della tutela –, è comunque innegabile la presenza anche nel *contentieux administratif* di forme di tutela differenziate e di riti speciali. Sotto il primo profilo è indubbio che il *recours en déclaration de nullité* (cfr. § 5.3) e il *recours en appréciation de légalité/validité* degli atti amministrativi (cfr. § 5.4), ovvero i *recours en interprétation* (cfr. § 7), così come il rinvio al *Conseil d'Etat* delle c.d. questioni di *droit nouvelles* (cfr. § 8) e il *contentieux de la répression* (cfr. § 9), configurano fattispecie specifiche di tutela differenziata.

Mentre, sotto il profilo della specialità del rito, è parimenti indubitabile che – assieme al *déféré préfectoral* (cfr. § 5.1), ma in maniera ancor più specifica perché estraneo a finalità di controllo dell'amministrazione locale – il *contentieux de l'urbanisme* (cfr. § 5.2) configura un rito differenziato in senso proprio nell'ambito del *contentieux de l'annulation*, la cui ragione d'essere va ricercata proprio nella definizione di regole processuali, nell'ambito del *contentieux objectif*, in grado assicurare meccanismi di controllo del giudice in funzione dell'effettività soggettiva della tutela giurisdizionale. Invero, è proprio la ricerca di questi meccanismi che ha finito per fare del *contentieux de l'urbanisme* la sede privilegiata di alcune sperimentazioni che sono state successivamente generalizzate all'intero *contentieux administratif*: il riferimento è alla riforma della tutela cautelare e delle connesse procedure, che in questa materia anticipa di un lustro quella contenuta nella legge n. 2000-597 del 30 giugno 2000, relativa alle procedure di *référés*.

Analogamente veri e propri riti speciali sono presenti anche nel *contentieux de pleine juridiction*: è il caso del contenzioso sulle *installations*

classées pour la protection de l'environnement e di quello in materia di *édifices menaçant ruine* (cfr. § 6.4), anche se si tratta di ipotesi la cui influenza appare infinitamente inferiore sull'assetto generale di quel contenzioso rispetto all'influsso del *contentieux de l'urbanisme* sul *recours pour excès de pouvoir*. Non deve, peraltro, essere dimenticato, come si avrà modo di sottolineare più oltre, che il campo della *pleine juridiction* è stato anche investito da una sorta di vera e propria mutazione genetica dovuta al progressivo incremento delle fattispecie che pongono al giudice una questione di legittimità di un atto amministrativo in funzione della tutela di una situazione giuridica soggettiva.

E che dire poi di quel vasto mutamento legislativo e giurisprudenziale che ha coinvolto sia il *contentieux objectif* quanto il *contentieux subjectif* e che ha contribuito e contribuisce ad avvicinare fortemente i due campi? Lo sviluppo dei poteri di ingiunzione in capo al giudice del *recours pour excès de pouvoir*, per un verso, e la moltiplicazione, come appena ricordato, dei *contentieux objectifs de pleine juridiction*, per l'altro, segnano una indubbia riduzione delle differenze tra i due *contentieux*.

È in questo contesto che si pone la domanda se l'innegabile presenza di tutele differenziate e di riti speciali nel *contentieux administratif* francese rispetto ai due *recours* generali segni un'alterazione del modello, oppure sia interna a quello stesso modello, preordinata soprattutto ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale che quello stesso modello è, innanzitutto, in grado di garantire?

La chiave di lettura non può che essere articolata, dal momento che deve essere tenuto conto delle specificità del *contentieux administrative* della sua attuale fase di sviluppo. Una fase in cui la differenziazione delle tutele appare consolidata: *recours en déclaration de nullité*, *recours en appréciation de légalité/validité* degli atti amministrativi, *recours en interprétation* e quegli altri più sopra richiamati sono ormai un elemento 'ordinario' del sistema. Mentre la specialità dei riti – uno per tutti: il *contentieux de l'urbanisme* – finisce per essere ricostruita come un modo di essere del sistema nel suo complesso ed in esso riassorbita, innanzitutto perché coinvolge settori di contenzioso e non singole materie o specifici interessi, talché non ha prodotto la destabilizzazione e la delegittimazione del rito ordinario, ma ha contribuito ad avviarne il mutamento.

L'idea di fondo appare a questo punto delineata ed è riassumibile nella considerazione che l'introduzione nel *contentieux administratif* di tutele differenziate e di riti speciali abbia prodotto una reazione sullo stesso modello generale, contribuendo a sua volta a generarne la modificazione. Un percorso diametralmente opposto a quello italiano, costruito su risposte a singoli interessi, a specifiche *issue*, che non ha, fino a questo momento, messo in discussione il modello complessivo che tuttora caratterizza la giustizia amministrativa, né il grado di efficacia della tutela finora garantito. Resta da vedere, sotto questo profilo, come verrà attuata la delega per la riforma del processo amministrativo contenuta nell'art. 44, legge 18 giugno 2009, n. 69, dove, tra l'altro, è prevista la

revisione e razionalizzazione dei riti speciali e delle materie cui essi si applicano (co. 2, lett c)³.

Nell'esperienza francese, l'efficacia della tutela, prima ancora che attraverso l'affannoso ricorso alla creazione di riti speciali, è stata perseguita attraverso il mutamento dell'equilibrio tra i due principali *recours*: quello *pour excès de pouvoir* e quello *de pleine juridiction*. Basti pensare al condizionamento che in termini di ricostruzione sistematica ha giocato l'attribuzione al giudice del *recours pour excès de pouvoir* del potere di ingiunzione, avvenuta con la legge n. 95-125 dell'8 febbraio 1995. E ancor più di recente è opportuno segnalare l'*arrêt Association AC!* (CE Ass., 11 maggio 2004) con il quale il *Conseil d'Etat* ha affermato che, in taluni casi, i *revirements* giurisprudenziali possono avere soltanto un effetto *pro futuro*, escludendone dunque la retroattività (CE, 26 dicembre 1925, *Rodière*), con il conseguente affievolimento della portata del principio di legalità a tutto vantaggio del principio di certezza giuridica.

L'affermazione per cui il giudice può limitare gli effetti retroattivi della propria decisione, nei casi in cui le conseguenze appaiono «manifestement excessives» in relazione agli interessi coinvolti, è stata intesa dalla dottrina, per un verso, come il più convinto approdo alla soggettivizzazione del *contentieux de l'annulation*⁴. E, per l'altro, come l'illustrazione più esemplare del carattere arcaico della distinzione del *contentieux administratif* tra *recours pour excès de pouvoir* e *recours de pleine juridiction*. In questa prospettiva non si intende certo negare che la distinzione tra i due contenziosi abbia giocato un ruolo storico fondamentale nel consentire di assoggettare l'azione dell'amministrazione alla legge. Ma una volta definitivamente affermata e non più contestata la subordinazione dell'attività amministrativa al principio di legalità, l'esigenza da soddisfare è diventata quella del pieno controllo dell'azione amministrativa, a proposito della quale la distinzione tra contenzioso oggettivo e contenzioso soggettivo finisce per essere obsoleta, tanto più in presenza di influenze e contaminazioni reciproche.

A questo mutamento profondo, va poi sommato il ripensamento complessivo delle procedure cautelari e d'urgenza, strutturate attorno ad una pluralità di riti idonei a munire di adeguata tutela giurisdizionale una vasta e variegata serie di situazioni soggettive a contenuto non esclusivamente patrimoniale (è il caso del *référé-liberté*), che ha rafforzato in maniera considerevole la protezione del soggetto privato nell'ambito del contenzioso amministrativo. La legge n. 2000-597 del 30 giugno 2000 ha istituito il

³ In proposito si veda lo scritto di A. Corpaci in questo volume.

⁴ J.-C. Ricci, *Mémento de la jurisprudence administrative*, VII édit., Paris, 2008, p. 143. È quanto osserva anche M. Fromont, *La place de la justice administrative*, cit., il quale nota, altresì, che «une meilleure protection passe nécessairement par une plus grande distance entre les autorités administratives et leur juge et par la recherche d'un meilleur équilibre entre les prérogatives respectives de la partie publique et de la partie privée devant le juge administratif» (p. 12).

giudice amministrativo monocratico dei *référés* con il compito di pronunciare sulla domanda cautelare «*dans les meilleurs délais [...] par des mesures présentant un caractère provisoire*». Oltre alla trasformazione del *sursis à exécution* (décret del 22 luglio 1806) in *référé-suspension*, la riforma del 2000 ha unificato le diverse procedure d'urgenza, conservando tuttavia la pluralità delle categorie di *référés*, di cui solo talune direttamente condizionate dal requisito dell'urgenza (cfr. §§ 11 ss.).

Il percorso francese sembra dunque sempre più incamminarsi verso la definizione di un *recours contentieux administratif* unico, nell'ambito del quale sia possibile proporre qualsiasi azione: d'annullamento, di risarcimento, di ingiunzione e in cui l'effetto utile della sentenza è anticipato da incisive forme di tutela d'urgenza. Un contenzioso dunque in cui «*le délais de recours, l'obligation du ministère d'avocat, la qualité pour agir, les actes susceptibles de recours, l'intensité du contrôle [...] ne dépendront plus d'un classement formel [...] dans une catégorie de recours, mais pourront être adaptées au mieux aux matières concernées et unifiés autant que cela est souhaitable*»⁵.

Quello che all'osservatore esterno appare interessante e che merita di essere indagato è, allora, la capacità di questo sistema di mutare, conservando una coerenza di fondo, data dal porre al centro del sistema l'esigenza della c.d. *buona amministrazione della giustizia*, quale nozione funzionale in grado di guidare la revisione e la nuova conformazione del contenzioso amministrativo nel suo insieme. Una nozione costruita attorno a due pilastri: per un verso, quello di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, anche attraverso misure di semplificazione del riparto delle competenze giurisdizionali e, per l'altro, quello di garantire la riduzione dei tempi di risposta della giustizia amministrativa⁶.

2. I criteri di identificazione delle figure di «tutela differenziata» e di «rito speciale» e la specialità nel contentieux administratif francese

Prima di procedere oltre, è necessario delimitare, in termini generali, la materia dell'indagine: anche nell'ambito della giustizia amministrativa, per identificare le figure delle 'tutele differenziate' e quelle dei 'riti speciali' disponiamo di due concomitanti criteri.

Il primo criterio è incardinato sulla *struttura procedurale* e consente di individuare la specialità (o meno) del rito. In questa prospettiva sono

⁵ J.-M. Woehrling, *Trancher le nœud gordien de la distinction des contentieux*, in *AJDA*, 2007, p. 1777.

⁶ A tal proposito è stato affermato che l'interesse ad una buona amministrazione della giustizia «*permet au législateur d'unifier la compétence juridictionnelle au sein de l'ordre de juridiction principalement intéressé par le traitement d'une matière et donc de recourir à la technique des blocs de compétences, qui permet elle-même d'écartier la séparation des autorités administratives et judiciaires*» (CC, 23 gennaio 1987, *Conseil de la concurrence*, R. p. 8).

da individuare e classificare come riti speciali tutti quelli che presentano una qualche differenza, più o meno marcata, rispetto al modello previsto per il normale esercizio della giurisdizione amministrativa. In tal senso alcuni dei «procedimenti, [...] in relazione alla specificità della situazione tutelata, si pongono come derogatori e speciali rispetto alla normalità e generalità del procedimento-tipo»⁷. Sotto questo profilo, nell'ordinamento francese possono essere ricondotti alla figura del rito speciale in senso stretto le procedure riguardanti il *déféré préfectoral* e il *contentieux de l'urbanisme* nell'ambito del *recours pour excès de pouvoir*, nonché le procedure inerenti al contenzioso sulle *installations classées pour la protection de l'environnement* e agli *édifices menaçant ruine* nell'ambito del *recours de pleine juridiction*.

Il secondo criterio, nel tentativo di circoscrivere la categoria per evitare che assuma contorni indefiniti, poggia invece sulla funzione del processo e sulla forma di trattazione.

A proposito della funzione del processo, un primo parametro distintivo è dato dallo scopo perseguito da ciascun procedimento, ossia dal tipo di tutela/protezione che la decisione giurisdizionale finale assicura alla posizione giuridica soggettiva fatta valere. In tal modo possono essere individuate tre differenti figure: (a) i *procedimenti cognitivi decisori*, preordinati a decidere in maniera definitiva e vincolante l'affare sollevato davanti al giudice; (b) i *procedimenti cautelari*, il cui scopo è di garantire la situazione soggettiva dedotta in giudizio nelle more dello svolgimento dell'ordinario giudizio di cognizione; (c) i *procedimenti anticipatori*, il cui fine è quello di anticipare, in tutto o in parte, gli effetti della sentenza finale. Quanto alla forma di trattazione, la specialità può essere configurata sia con riferimento a procedimenti a cognizione piena (ordinaria), ovvero a cognizione sommaria.

In virtù di questo secondo criterio, nell'esperienza francese il processo di differenziazione delle forme di tutela emerge, con riferimento ai procedimenti cognitivi decisori, come un dato strutturale e caratterizzante l'intero *contentieux administratif*, dal momento che vengono in rilievo, nell'ambito del *recours pour excès de pouvoir*, il *recours en déclaration de nullité*, il *recours en appréciation de légalité/validité*, il *recours dans l'intérêt de la loi*; mentre, nel campo del *recours de pleine juridiction*, emergono l'insieme delle fattispecie che costituiscono i c.d. *recours objectifs de plein contentieux*. A questi, infine, devono essere aggiunti, quale categoria autonoma, i *recours en interprétation*. Questo stesso processo diventa ben più ampio e in forte movimento se riferito alla forma di trattazione, dove la previsione di una molteplicità di *référé* (di urgenza: *liberté, suspension, conservatoire*, e ordinari: *provision*) e di procedure d'urgenza specifiche (tra cui il *référé-précontractuel* e il *référé-contractuel*) ha posto la domanda se, in talune ipotesi, lo stesso giudice, cui siano attribuite que-

⁷ M. Nigro, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata* (1980), in Id., *La riforma del processo amministrativo*, Milano, 1980, p. 184.

ste procedure, non disponga di veri e propri poteri decisori per sciogliere anticipatamente la lite.

Come già ricordato, tuttavia, la trattazione delle tutele differenziate e dei riti speciali nell'ordinamento francese non sembra poter prescindere dalla stessa ricostruzione della relazione tra i due *recours* costitutivi del *contentieux administratif*, perché è proprio a partire dai loro reciproci rapporti che è possibile comprendere le ragioni e l'estensione della specialità. Invero, l'esperienza francese evidenzia come la costruzione di riti speciali sia soltanto una possibile, ma soltanto eventuale risposta alla mancanza di efficacia della tutela offerta dal rito ordinario. Il principale rimedio appare, invece, costituito proprio dai mutamenti degli equilibri interni a ciascun *recours*: l'attribuzione di determinati ambiti di contenzioso all'uno o all'altro, nonché la previsione di nuovi poteri in capo al giudice amministrativo del *recours pour excès de pouvoir* ovvero della *pleine juridiction*, non appartengono, secondo i criteri di individuazione adottati, al campo delle tutele differenziate o dei riti speciali, ma rappresentano indubbiamente una risposta alla domanda di efficienza del processo amministrativo e alla proliferazione di tutele e riti differenziati.

Ancora una volta è utile il confronto con l'ordinamento italiano, dove la moltiplicazione dei riti finisce per essere l'unica risposta alla non adeguatezza del modello generale rispetto alla domanda di tutela posta dai cittadini. Nell'esperienza italiana, fino alla suddetta delega contenuta nell'art. 44, legge n. 69/2009, è rimasta assente qualsiasi ipotesi di riforma complessiva del processo amministrativo e la sua 'virtuale' efficienza è stata unicamente predicata e ricercata mediante la continua ed instancabile moltiplicazione dei riti, con l'intento non tanto di individuare forme generali di tutela più efficaci, quanto di ridurre, essenzialmente, i tempi della decisione o, talvolta, quelli di accesso alla giustizia, sollevando non pochi dubbi a proposito della legittimità costituzionale di siffatte previsioni normative. Una riduzione che peraltro non riguarda né il contenzioso nel suo insieme, né specifiche materie, quanto ben ritagliati ambiti di controversie che coinvolgono specifici interessi: da ultimo è da ricordare l'iper-accelerazione del rito nel caso di ricorsi avverso gli atti relativi agli investimenti pubblici e di pubblica utilità (art. 20, co. 8 e *8bis*, d.lg. n. 185/2008, conv. con modif. nella legge 29 gennaio 2009, n. 2).

L'esperienza francese ha percorso e percorre strade differenti, strade che passano innanzitutto attraverso la redistribuzione degli ambiti tra i due contenziosi, preoccupandosi, innanzitutto, di non pregiudicare l'unitarietà delle regole processuali. Alla espansione della *pleine juridiction* corrisponde, parimenti, l'apertura del *recours pour excès de pouvoir* a materie rilevanti per la piena giurisdizione (in particolare, le decisioni a carattere pecuniario, i c.d. *actes détachables* dei contratti, nonché certe categorie di contratti amministrativi), con lo scopo di consentire il controllo di legalità su atti amministrativi che incidono sfavorevolmente sui diritti del soggetto privato. A tutto questo si aggiunge la previsione di innumerevoli procedimenti d'urgenza (c.d. *référés*) che costituiscono un ambito for-

temente variegato sotto il profilo delle forme di tutela conseguibili, in un quadro di sostanziale omogeneità procedurale.

È per questa ragione che nelle pagine successive si cercherà, innanzitutto, di tracciare la struttura del *contentieux administratif* seguendo la sua evoluzione, per poi individuare, volta per volta, le più significative discipline processuali differenziate e, infine, affrontare, nelle sue linee ricostruttive generali, il tema dei *référé*s, vero e proprio campo della differenziazione/specialità con la previsione, tra l'altro, di procedimenti sommari non cautelari (pensiamo al *référé-liberté*, al *référé-provision*, al *référé-précontractuel*) che consentono al giudice di emanare provvedimenti conservativi e anticipatori al di fuori dei mezzi cautelari tipici.

3. *Il contenzioso amministrativo nell'ordinamento francese: la classificazione dei ricorsi*

La classificazione e la distinzione dei diversi giudizi che nel loro insieme compongono il *contentieux administratif* è fondamentale perché oltre ad incidere sulla tipologia delle azioni proponibili, comporta notevoli differenze in punto di motivi di ricorso, di mezzi di prova e di regime procedurale del giudizio (ad esempio, atti impugnabili, termine per proporre il ricorso, obbligo o meno del ministero di un avvocato, qualità per agire e interesse a ricorrere, intensità del controllo e così via).

Il primo criterio distintivo è fondato sulle azioni esperibili in giudizio e sui relativi poteri attribuiti al giudice che variano in funzione della materia contenziosa. Talvolta il giudice amministrativo dispone soltanto del potere di annullamento, talaltra giudica «du fond» della controversia disponendo «d'un arbitrage complet de fait et de droit»⁸. In altre ipotesi può pronunciare semplicemente sul senso e la portata di un atto amministrativo che venga in rilievo in una controversia attribuita alla competenza di un altro giudice, oppure può reprimere le violazioni delle leggi e dei regolamenti che proteggono il demanio pubblico.

Il secondo criterio ha invece riguardo alla situazione giuridica invocata, legata alla natura della questione giuridica sottoposta al giudice amministrativo e dà luogo alla distinzione tra *contentieux objectif* o *contentieux de la légalité* e *contentieux subjectif* o *contentieux de droits*.

3.1 *Il criterio legato alle forme di tutela*

In funzione delle differenti tutele conseguibili possono essere individuati e distinti: il *contentieux de l'annulation*, il *contentieux de pleine juridiction*, il *contentieux de l'interprétation* e quello *de la répression*.

⁸ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, II edit., t. 2, Paris, 1896, p. 15.

Il *contentieux de l'annulation* è inseparabilmente legato alla tutela costitutiva: il giudice può pronunciare unicamente una sentenza di annullamento della decisione amministrativa adottata in violazione delle regole di diritto, senza alcuna possibilità né di riformare l'atto impugnato, né di condannare l'amministrazione al pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento danni. Al *contentieux de l'annulation* appartiene sostanzialmente il *recours pour excès de pouvoir*.

Le forme di tutela conseguibili nell'ambito del *recours de pleine juridiction*, invece, sono molto ampie: il giudice può riformare (totalmente o parzialmente) la decisione amministrativa impugnata; può condannare l'amministrazione al pagamento di una somma di denaro anche a titolo di risarcimento del danno; può dichiarare la nullità (parziale o totale) di un contratto pubblico, può pronunciare sulla sua risoluzione e ancora, può condannare ad un obbligo di fare. Gli ambiti più rilevanti sono essenzialmente due: quello riguardante le controversie in materia contrattuale e quasi-contrattuale e quello legato alle controversie in materia di responsabilità dell'amministrazione pubblica.

Con riferimento al contenzioso sull'*appréciation de la légalité* e al *contentieux de l'interprétation*, il giudice amministrativo ha il mero potere di pronunciare, con sentenza dichiarativa, rispettivamente, sulla (il)legalità o sull'interpretazione di un provvedimento amministrativo, rilevante per la definizione del giudizio pendente davanti ad altro giudice (cfr. *infra* §§ 5.4 e 7).

Infine nell'ambito del *contentieux de la répression* al giudice amministrativo è attribuito il potere di applicare una sanzione. Gli ambiti più rilevanti sono costituiti (a) dalle *contraventions de grande voirie* in cui al giudice è attribuita la funzione di tutela del demanio pubblico e (b) dal contenzioso disciplinare relativo agli appartenenti a taluni ordini professionali ovvero alle categorie di pubblico impiego che beneficiano di speciali garanzie (ad esempio, il personale insegnante).

3.2 Il criterio della natura della controversia

La principale obiezione fatta al criterio di classificazione appena visto è che esso ha riguardo unicamente al contenuto della decisione del giudice amministrativo. In senso opposto, è stato osservato come la determinazione dei poteri decisori del giudice sia funzione dell'oggetto della controversia sottoposta al giudizio del giudice e, sotto questo profilo, le questioni che possono essere portate al suo esame possono coinvolgere la violazione del diritto oggettivo *tout court* ovvero il pregiudizio arrecato ad una situazione soggettiva giuridicamente rilevante⁹. Talché il

⁹ G. Jèze, *Exposé critique d'une théorie en faveur au Conseil d'Etat sur la classification des recours en annulations et des recours de pleine juridiction*, in *RDP*, 1909, p. 667 ss.; L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, Paris, 1923, p. 342 ss.

contentieux administratif può essere distinto in contenzioso oggettivo e contenzioso soggettivo.

Nell'ambito del *contentieux objective* o *contentieux de la légalité* il ricorrente può sollevare unicamente una questione legata alla violazione di una regola di diritto. La funzione del *recours* è quella di rendere possibile, attraverso una nuova determinazione amministrativa, il ripristino della legalità violata e, come tale, il *recours* è diretto unicamente a verificare se la legge sia stata o meno violata e, in caso affermativo, ad annullare la decisione amministrativa illegale. L'annullamento dell'atto illegale, ossia la rimozione dal mondo giuridico del prodotto viziato dell'attività amministrativa e il conseguente ripristino dell'ordine violato, diventa la conseguenza del carattere oggettivo del *recours*. Proprio sotto questo profilo emerge il carattere tipico del *recours pour excès de pouvoir* o *en annulation*, per certi aspetti simile all'esercizio dell'azione penale: il ricorrente non agisce in giudizio per la tutela in via diretta di una propria situazione giuridica soggettiva, ma – come il pubblico ministero – per garantire la repressione dell'inosservanza della regola di diritto alla quale è subordinata l'attività amministrativa, ossia per «collaborer à la protection de la légalité»¹⁰. La natura oggettiva del ricorso non è stata mai messa in discussione ed ha trovato conferma nella stessa specificità del regime procedurale, più volte ribadita anche a livello legislativo, a partire dalla dispensa dal ministero di un avvocato per la proposizione del ricorso con lo scopo di ampliare la platea dei possibili ricorrenti (cfr. *décret* 2 novembre 1864).

Al *contentieux de la légalité* si affianca il *contentieux subjectif* o *contentieux de droits*: questo ha per oggetto non la legittimità dell'atto amministrativo, ma la situazione giuridica soggettiva di diritto del ricorrente, violata e/o pregiudicata dall'amministrazione ed il relativo processo è costruito come giudizio sul rapporto e non sull'atto, secondo il modello tipico delle controversie tra soggetti privati, talché il giudice deve tener conto della situazione di diritto e di fatto esistente al momento della pronuncia (e non al momento dell'adozione della decisione amministrativa contestata, come nel caso del *recours pour excès de pouvoir*). Ad esso appartengono, in particolare, le controversie in materia di contratti pubblici (*contrats administratifs*) e quelle in punto di responsabilità dell'amministrazione pubblica, nelle quali il ricorrente richiede al giudice la riparazione del pregiudizio subito. Al giudice può essere domandata la pronuncia di una sentenza dichiarativa, costitutiva oppure di condanna al pagamento di una somma di denaro, anche a titolo risarcitorio, «sauf à renvoyer à l'administration, et sous son autorité, le règlement de tel aspect du litige dans les conditions précises qu'il lui appartient de fixer»¹¹.

I poteri del giudice del *plein contentieux* sono, quindi, più ampi di quelli del giudice dell'*excès de pouvoir*: mentre il giudice dell'*excès de pouvoir*

¹⁰ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, cit., p. 381.

¹¹ CE, 29 luglio 2002, *Griesmar*, R. p. 284.

dispone unicamente del potere di annullamento della decisione amministrativa, i poteri del giudice del *plein contentieux* variano in funzione della controversia di cui è concretamente investito¹².

4. *Il recours pour excès de pouvoir quale garanzia della legalità dell'ordinamento*

Il *contentieux de la légalité* comprende oltre al *recours pour excès de pouvoir* in senso proprio (d'ora in avanti *r.e.p.*) (cfr. § 2.1) – e alla variante costituita dal *déféré préfectoral* (cfr. § 5.1) che, per certi aspetti, può essere configurato, sotto il profilo soggettivo, quale vero e proprio rito speciale¹³ – anche il *recours en déclaration de nullité des actes inexistantes* (cfr. § 5.3) e il *recours en appréciation de légalité* (cfr. § 5.4). Questi ultimi possono essere qualificati quali riti speciali o differenziati posto che per specialità del rito venga indicata tanto la predisposizione di più procedimenti a cognizione piena, modellati sulla particolarità della singola situazione controversa, quanto la diversità della forma di tutela che la sentenza assicura alla posizione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio¹⁴.

Dall'inizio del XIX secolo ad oggi, il *r.e.p.* è al centro della costruzione della specificità del diritto amministrativo francese. La natura esclusivamente oggettiva di questo contenzioso, incardinata attorno al giudizio sulla decisione amministrativa in funzione della tutela della legalità dell'ordinamento, è legata alla ricerca del necessario equilibrio tra la configurazione di un potere pubblico, connotato dalla unilateralità dei suoi atti e preordinato al perseguimento dell'interesse pubblico, e la protezione dei diritti individuali. In proposito è stato osservato che «s'agissant de l'administration, l'Etat de droit n'est plus une notion irréaliste. La soumission de l'administration au droit est assurée par de procédés variés; mais le moyen essentiel de garantir la légalité est le recours pour excès de pouvoir par lequel peut être anéanti tout acte administratif contraire au droit»¹⁵.

¹² Ad esempio, in materia contrattuale il giudice non può annullare le misure adottate dall'amministrazione nel corso del rapporto contrattuale, ma può soltanto attribuire un'indennità al contraente (CE Sect., 9 dicembre 1983, *SA d'Étude, de participation et de développement*, in *RFDA*, 1984, p. 39, concl. B. Genevois); analogamente, non può annullare l'atto di rescissione di un contratto (di compravendita) adottato dall'amministrazione (CE Sect., 6 novembre 1970, *SA touristique et hôtelière de la vallée du Lautaret*, in *AJDA*, 1971, p. 105, concl. F. Baudoin), salva l'ipotesi in cui in cui si tratti di un contratto di durata (ad esempio, concessione-contratto).

¹³ CE Sect., 26 luglio 1991, *C.ne de Sainte Marie*, in *RFDA*, 1991, p. 966, concl. Legal.

¹⁴ Viene ripresa la chiara formulazione di A. Proto Pisani, *Problemi della c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, in *Dir. giur.*, 1978, adesso in *Id.*, *Le tutela giurisdizionali dei diritti*. Studi, Napoli, 2003, p. 229.

¹⁵ G. Vedel, *Droit administratif*, Paris, 1976.

4.1 I caratteri del *contentieux de l'excès de pouvoir*: il ricorso per *excès de pouvoir* come processo all'atto e la sua capacità di adattamento ai mutamenti del diritto amministrativo sostanziale

Il *contentieux de l'excès de pouvoir*, al di sopra delle richiamate differenze, è connotato innanzitutto dal fatto di porre comunque al centro dei diversi giudizi una questione di diritto oggettivo, di legalità/legittimità della decisione. Ferma questa impronta, esso finisce per essere caratterizzato sotto tre differenti e specifici profili: è un giudizio sull'atto; è un ricorso di pubblica utilità ed è di ordine pubblico. È di ordine pubblico, innanzitutto, perché è impossibile rinunciare in anticipo al suo esercizio contro un successivo provvedimento amministrativo, nonché agli effetti dell'eventuale sentenza di annullamento. Ma il carattere di ordine pubblico è legato soprattutto al fatto che l'impugnazione di una decisione amministrativa tramite il *r.e.p.* è sempre possibile, anche in assenza di una espressa previsione di legge e dunque la sua preclusione può essere disposta unicamente e soltanto in maniera espressa dalla legge¹⁶.

Secondo la tradizionale configurazione, il *r.e.p.* costituisce un «procès fait à un acte»¹⁷. Questa affermazione chiarisce, in modo evidente, il carattere oggettivo del *recours*: la sua proposizione non pone al giudice la questione se il ricorrente sia o meno titolare di un diritto nei confronti dell'amministrazione pubblica ovvero se essa sia o meno tenuta nei suoi confronti in forza di una precedente obbligazione, ma configura unicamente una domanda in punto di legalità/legittimità o meno dell'atto impugnato, al momento della sua sottoscrizione/pubblicazione¹⁸.

¹⁶ In proposito, cfr. CE, 17 febbraio 1950, *Ministre de l'Agriculture c. Dame Lamotte*, in *RDP*, 1951, p. 478, concl. P. Delvolvé, note M. Waline, con riferimento all'art. 4, co. 2, legge 23 maggio 1943, che escludeva che il rilascio di una concessione di terreno agricolo potesse costituire oggetto di alcun ricorso amministrativo o giudiziario: il *Conseil d'Etat* osserva che quella previsione «n'a pas exclu le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat contre l'acte de concession, recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité». Conf. CE, 17 maggio 1957, *Simonet*, in *AJDA*, 1957, I, p. 270, chr. L. Fournier e G. Braibant.

¹⁷ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, II edit., t. 2, Paris, 1896, p. 561. Il *recours pour excès de pouvoir* è esperibile unicamente contro una *decision*: non sono pertanto impugnabili mediante *recours* né gli atti di governo, né i contratti, mentre è pacificamente ammessa l'impugnazione degli atti amministrativi preordinati alla conclusione dei contratti (*actes détachables*).

¹⁸ In proposito, cfr. CE Sect., 6 marzo 1989, *Soc. de bourse Buisson*, in *RFDA*, 1989, p. 627, concl. E. Guillaume; CE Sect., 27 maggio 1994, *Braun-Ortega et Buisson*, in *RFDA*, 1994, p. 832. Vi è un caso, tuttavia, in cui la legittimità dell'atto deve essere accertata con riferimento ad un momento posteriore a quello della sua sottoscrizione/emanazione: è l'ipotesi in cui la legittimità di un regolamento debba essere apprezzata in funzione del mutamento delle circostanze, talché l'epoca della produzione del suddetto mutamento diventa il momento in cui deve essere valutata

Il *r.e.p.* propriamente detto introduce, quindi, un giudizio di natura oggettiva, preordinato necessariamente ed esclusivamente ad una pronuncia costitutiva di annullamento (totale o parziale) del provvedimento amministrativo unilaterale (*decision administrative*) in ragione della sua illegalità/illegittimità (*illégalité*) entro un termine breve di decadenza (due mesi a decorrere dalla sua pubblicazione), ma sufficiente per garantire il principio di legalità. L'annullamento del provvedimento costituisce la necessaria sanzione legata alla violazione di una regola di diritto: l'atto perde la sua efficacia con effetto retroattivo.

In questo contesto, per un verso, il ricorrente, benché agisca per la difesa di un proprio interesse pregiudicato dall'atto impugnato, finisce per essere configurato come «un ministère public poursuivant la répression d'une infraction»¹⁹. E, per l'altro, l'annullamento dell'atto non intende riparare l'eventuale pregiudizio sopportato dal soggetto, ma vuole unicamente ristabilire la legalità violata: è il mezzo di controllo al quale sono subordinati gli atti dell'amministrazione in funzione della salvaguardia del diritto oggettivo²⁰. La soddisfazione dell'interesse del ricorrente è soltanto indiretta, è una eventualità che consegue al ripristino della legalità. Al giudice del *r.e.p.* è, dunque, precluso qualsiasi potere di riforma dell'atto impugnato²¹, nonché la possibilità di pronunciare sia sentenze dichiarative che sentenze di condanna al pagamento (a vario titolo) di una somma denaro.

Anche il *r.e.p.* e la sua ricostruzione ha, peraltro, dovuto confrontarsi con la complessità della scena giuridica entro la quale è collocata la specialità/specificità del diritto amministrativo. Invero questa tradizionale configurazione convive, ormai, con una differente ricostruzione fondata sull'obiezione che il *r.e.p.*, benché diretto contro un atto, configuri, nondimeno, un giudizio tra due parti tenuto conto che esso costituisce «un instrument mis à la portée de tous pour la défense de la légalité méconnue»²². L'evoluzione giurisprudenziale – già a partire dai primi anni del XX secolo – ha confermato questo rinnovato approccio sotto almeno due convergenti profili.

la legittimità dell'atto: CE Ass., 22 gennaio 1982, *Butin*, in *RDP*, 1982, p. 816, note R. Grado, e p. 822, concl. Bacquet.

¹⁹ M. Hauriou, *Note a CE, 8 décembre 1899, Ville d'Avignon, S.*, 1900, 3, p. 73.

²⁰ Cfr. R. Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1926.

²¹ Sotto questo profilo il *r.e.p.* va tenuto distinto da un certo numero di ricorsi comunque attribuiti alla giurisdizione amministrativa nei quali, benché l'oggetto del giudizio sia comunque costituito dalla legittimità dell'atto, il giudice dispone di poteri più ampi (*i.e.*, positivi) rispetto a quello costitutivo di annullamento, tipico del *recours* in senso stretto: è il caso dei ricorsi in materia fiscale, di quelli elettorali o, ancora, del *contentieux des installations classées* (legge 9 luglio 1976) e di quello degli *édifices menaçant ruine* (art. 511-1 *code de la construction et de l'habitation*) (cfr. *infra* § 6.4).

²² Concl. *Commissaire du gouvernement Pichat* in CE, 8 marzo 1912, *Lafage*, in *RDP*, 1912, p. 266, note Jèze.

Il primo riguarda il profilo che ha visto venir meno l'irricevibilità del *recours pour excès de pouvoir* proposto nei confronti di una decisione amministrativa a contenuto pecuniario²³. Il secondo è rappresentato dalla introduzione dell'opposizione di terzo avverso la sentenza di annullamento, mezzo speciale di impugnazione mediante il quale un soggetto terzo può porre in discussione la sentenza pronunciata in un giudizio cui sia rimasto estraneo allorché la stessa pregiudichi i suoi diritti²⁴.

A partire dal secondo decennio del XX secolo, dunque, il *r.e.p.* – ferma la sua originaria configurazione quale giudizio sull'atto a garanzia della *légalité objective* – ha iniziato ad essere ricostruito come un giudizio al quale non resta estraneo il soggetto privato in quanto tale, che può mirare con la sua proposizione ad ottenere la tutela 'indiretta' di un suo interesse giuridicamente rilevante. Una configurazione che richiama una figura ben conosciuta nell'esperienza giuridica italiana di quegli stessi anni: quella dell'interesse occasionalmente protetto, la cui protezione è solo un effetto indiretto, riflesso, dell'osservanza del diritto obiettivo (cfr. *infra* § 4.2).

Le più recenti novità normative hanno contribuito ad incrementare il carattere soggettivo del *r.e.p.* con l'introduzione di importanti novità: in particolare, l'art. 62, legge n. 95-125 dell'8 febbraio 1995 (adesso, art. L911-1 s. *CJA*), senza innovare alcunché nelle forme di tutela conseguibili, ha infatti fortemente modificato non soltanto il carattere del *recours*, ma gli stessi effetti ricollegabili alla sentenza di annullamento²⁵. La previsione del potere d'ingiunzione ha fatto emergere il contenuto/l'effetto conformativo della sentenza di annullamento ed ha trasformato profondamente la posizione del giudice del *r.e.p.*, ponendolo a servizio dell'effettività del diritto e della protezione giurisdizionale dei soggetti privati. Invero il potere di ingiunzione legato all'annullamento della decisione amministrativa illegale/illegittima prefigura un nuovo modello di *r.e.p.*: un ricorso che si pretende ancora di tipo oggettivo, ma che finisce per poggiare sui diritti dei soggetti privati al fine di costringere l'amministrazione non soltanto a rimuovere i suoi atti illegali/illegittimi, ma parimenti a ristabilire la legalità mediante l'adozione di quegli atti imposti dalla esecuzione delle regole di diritto.

In questo contesto in mutamento, resta fermo il carattere distintivo del *r.e.p.* ossia la possibilità di contestare in maniera diretta ed immediata la legittimità dell'atto, carattere che lo differenzia rispetto a tutti gli

²³ CE, 8 marzo 1912, *Lafage*, in *RDP*, 1912, p. 266, note Jèze; in *GAJA*, 2003, p. 25.

²⁴ CE, 29 novembre 1912, *Boussuge*, in *RDP*, 1913, p. 331, concl. Blum, note G. Jèze; S. 1913, 3, p. 1, concl. Blum, note M. Hauriou. Su questo profilo, cfr. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, cit., p. 1331 ss.; P. Dubouchet, *La tierce opposition en droit administratif. Contribution à une théorie normative de l'institution*, in *RDP*, 1990, p. 711.

²⁵ Sulla riconduzione del potere di ingiunzione del giudice nell'ambito del *recours du plein contentieux*, cfr. CE, 5 marzo 2003, *Titran*, in *AJDA*, 2003, p. 1008, note S. Damarey.

altri giudizi – davanti al giudice amministrativo o ordinario – di cui sia parte un'amministrazione pubblica, in cui la questione di legittimità del provvedimento può essere sollevata soltanto in via incidentale, «a titre d'argument»²⁶, con la conseguenza che l'eventuale accertamento della sua illegittimità non determina il suo annullamento, ma consente unicamente al giudice di disapplicarlo nella fattispecie concreta.

Il consolidato carattere distintivo del *r.e.p.* non può tuttavia far dimenticare un altro fenomeno in corso, quello della costante apertura del *r.e.p.* a materie attribuite in principio al *plein contentieux*, e dunque l'esistenza di un processo di contaminazione tra i due *contentieux*²⁷. Un'esistenza innegabile anche in ragione di un altro fattore: la riconduzione di alcuni ambiti di contenzioso, ordinariamente attribuiti al *contentieux de la légalité*, al *plein contentieux objectif* che ha, innanzitutto, lo scopo immediato di conservare l'unitarietà del *r.e.p.* e, poi, di individuare parallelamente una categoria in grado di riassorbire nella sistematica del *contentieux administratif* una pluralità di ipotesi, anche profondamente differenti tra loro, che, pur sottoponendo al giudice amministrativo una questione di legalità di un provvedimento amministrativo, sono costruite come ricorsi di natura soggettiva (in proposito cfr. *infra* § 6.3)²⁸.

4.2 La persistente natura oggettiva del *recours pour excès de pouvoir* e l'interesse a ricorrere

Al di là delle considerazioni appena svolte, il *r.e.p.* continua a coincidere con il *contentieux objectif*, intendendo con ciò sottolineare che si tratta di un processo fatto ad un atto e non di un giudizio che ha per oggetto la

²⁶ J. Rivero, M. Waline, *Droit administratif*, XVI edit., Paris, 1995, n. 255. In particolare, l'eccezione di illegittimità è frequentemente sollevata nelle controversie in materia di responsabilità dell'amministrazione: l'illegittimità della decisione amministrativa può essere utilmente invocata per accertare la colpa dell'amministrazione nell'ambito delle controversie in materia di risarcimento del danno; analogamente l'invalidità di un contratto amministrativo può essere fondata sull'illegittimità dell'atto che autorizza l'amministrazione alla conclusione del contratto.

²⁷ Questa apertura è dovuta sia alla giurisprudenza (cfr. CE Ass., 29 giugno 1990, *Engin et Hablani*, in *AJDA*, 1990, p. 707, chr. E. Honorat et R. Shwartz), che alla evoluzione normativa: è sufficiente ricordare l'estensione del *recours* ai provvedimenti di accompagnamento alla frontiera degli immigrati irregolari previsto dall'art. 22bis dell'*ordonnance* n. 45-2658 del 2 novembre 1945, inserito dall'art. 1, legge n. 90-34 del 10 gennaio 1990.

²⁸ In proposito, cfr. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, cit., n. 264 (p. 239). L'obiezione a questa ricostruzione muove dall'idea che così configurato il *contentieux de la pleine juridiction* corre il rischio di diventare una categoria indeterminata, nella quale finiscono per essere ricompresi ricorsi di natura sostanzialmente diversa. Una obiezione che tuttavia pare confermare la sostanziale obsolescenza e la necessità di ripensare la tradizionale distinzione: in argomento, cfr. F. Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administrative français*, Paris, 2001.

risoluzione di una controversia tra due o più parti. Secondo l'orientamento consolidato, il ricorrente agisce non per uno scopo personale nei confronti dell'amministrazione alla quale è imputabile l'atto impugnato, ma per una finalità oggettiva, a garanzia di un interesse generale: quello di rimuovere l'atto illegittimo/illegale dall'ordinamento giuridico. Talché è apparso auspicabile, affinché «le principe de légalité conserve sa vigueur», che «de nombreux actes administratifs soient contestés»²⁹. Tutto ciò giustifica l'ampia ricevibilità del ricorso e costituisce il presupposto dell'efficacia *erga omnes* della sentenza di annullamento.

Questa consolidata costruzione rappresenta in realtà una finzione giuridica dal momento che, per un verso, l'amministrazione cui è imputabile l'atto impugnato può produrre in giudizio proprie ragioni per contrastare la domanda di annullamento e, per l'altro, il ricorrente agisce essenzialmente a tutela di un interesse individuale. Ma questo interesse individuale è ricostruito come strettamente connesso con l'interesse pubblico (alla legalità dell'azione amministrativa) e protetto dall'ordinamento soltanto attraverso la tutela giuridica di quest'ultimo³⁰.

Il *r.e.p.* appare quindi come un rimedio preordinato ad assicurare il rispetto del principio di legalità e (di riflesso) la soddisfazione dell'interesse individuale del ricorrente. È noto che il sistema amministrativo francese prescinde dalla teorizzazione delle situazioni giuridiche soggettive dei privati davanti alle pubbliche amministrazioni. Ma l'osservatore esterno non può fare a meno di notare come la ricostruzione che precede contribuisca a configurare anche in quell'ordinamento una situazione di interesse legittimo in senso puramente processuale. Un interesse legittimo come puro potere di reazione processuale attribuito al soggetto privato: il potere del soggetto privato, pregiudicato da un atto amministrativo illegale/illegittimo, di provocarne l'annullamento da parte del giudice. In questo senso il ruolo dell'interesse (legittimo) del soggetto è quello di individuare quei casi in cui «la legge volendo garantire il conseguimento di un determinato interesse della collettività [...] affida tale funzione ad un cittadino che ne sia insieme interessato, anziché agli organi della pubblica amministrazione»³¹. L'interesse fatto valere dal ricorrente non può, dunque, essere costruito come un diritto, dal momento che esso appare privo di qualsiasi azione a propria tutela: è, piuttosto, l'interesse assunto dalla legge come condizione sotto la quale il cittadino è chiamato a far valere un interesse generale, quello alla legalità amministrativa. L'interesse (le-

²⁹ C. Debbasch, *Contentieux administratif*, X édit., Paris, 1978, p. 653.

³⁰ Una parte della dottrina, portando alla sua logica conclusione la ricostruzione oggettiva del contenzioso, contestava la stessa utilità della nozione di interesse a ricorrere ritenendola in aperta contraddizione con la natura del *r.e.p.*: in proposito, cfr. M. Hauriou, *Note a CE, 8 mars 1912, Lafage, S.*, 1913, 3, p. 7.

³¹ G. Chiovenda, *Lezioni di diritto amministrativo* (1909-1910), Milano, 1991, p. 57.

gittimo) finisce così per essere una mera condizione giuridica legittimante: il soggetto privato dispone in tal caso di una «pura azione». La norma violata dall'amministrazione non ha lo scopo di garantire alcun bene in particolare al soggetto e costui ha unicamente a disposizione un'azione diretta a sollecitare i poteri di controllo dello Stato. La situazione giuridica soggettiva di cui sia titolare il soggetto privato riceve protezione è soltanto in via indiretta, riflessa, in ragione dell'osservanza del diritto obiettivo.

Questa azione non è, peraltro, attribuita a qualsiasi soggetto privato, configurandosi altrimenti una sorta di azione popolare: la sua titolarità non è data dall'appartenenza del soggetto ad una categoria identificata – o generalizzata – a priori dalla legge, ma dall'essere il soggetto coinvolto nell'esercizio del potere amministrativo. In questo senso è possibile parlare ancora oggi del *r.e.p.* come di un ricorso in senso oggettivo. E qui è interessante soffermare l'attenzione sulla nozione di interesse ad agire/ricorrere nel *contentieux administratif*.

Il legame tra l'*intérêt à agir* e il contenuto stesso della domanda è estremamente ravvicinato ed evidente nel caso del *recours de pleine juridiction*. L'interesse ad agire del soggetto privato che richiede il risarcimento per il pregiudizio subito o che lamenta l'inadempimento da parte dell'amministrazione di una clausola contrattuale è evidente: egli richiede il riconoscimento di un diritto soggettivo, di cui si pretende titolare e l'interesse ad agire è immediatamente collegato al pregiudizio subito o alla violazione lamentata. Soltanto colui che ha subito un pregiudizio è titolare di un interesse immediato e diretto ad agire davanti al giudice per richiederne la riparazione.

Nel caso del *r.e.p.* la titolarità dell'interesse ad agire è meno evidente in conseguenza del suo contenuto oggettivo. Invero, la dimostrazione dell'interesse ad agire ha dato luogo ad un'ampia casistica giurisprudenziale poiché, nell'ambito di questo contenzioso, esso costituisce una condizione più facilmente separabile rispetto al merito stesso del ricorso. Questa maggiore autonomia dell'interesse a ricorrere è giustificata dal fatto che il *r.e.p.*, ancorché fondato sulla illegalità/illegittimità dell'atto, non è comunque, come già accennato, un'azione aperta a chiunque, ma unicamente ai titolari di un interesse individuale (o collettivo).

L'interesse ad agire – attuale, personale, diretto e certo – appare assai facile da provare quando, mediante la proposizione del *r.e.p.*, il soggetto privato chieda l'annullamento di un provvedimento che pregiudichi una propria situazione giuridica soggettiva, come nel caso di un decreto di esproprio o di un provvedimento di rifiuto di un'autorizzazione o di altri atti di diniego. La prova dello stesso interesse appare più difficile nell'ipotesi di ricorso avverso un atto che produca effetti nei confronti di una pluralità di soggetti o contro un regolamento amministrativo. L'orientamento consolidato del giudice amministrativo è nel senso di apprezzare l'interesse ad agire in maniera molto elastica, talché è difficile ricostruire una griglia di analisi in grado di ricondurre ad unità le ipotesi di sussistenza o di diniego dell'interesse ad agire. È possibile comunque indicare alcuni casi

che illustrano in modo chiaro questo orientamento. In tal senso, il *Conseil d'Etat* ha ammesso la sussistenza dell'interesse ad agire di un albergatore che chiedeva l'annullamento di un decreto ministeriale di determinazione del periodo delle vacanze scolastiche³². Analogamente, ha riconosciuto sussistente l'interesse ad agire di un campeggiatore per l'impugnazione di un atto con il quale un Comune vietava il campeggio sull'intero territorio comunale pur non avendo in precedenza mai soggiornato su quel medesimo territorio³³. È inoltre consolidato il riconoscimento dell'interesse ad agire in capo ai contribuenti comunali/dipartimentali contro tutti gli atti della relativa amministrazione che comportino un impegno finanziario³⁴.

5. *Le tutele differenziate e i riti speciali appartenenti al recours pour excès de pouvoir*

L'uso delle espressioni 'tutele differenziate' e 'riti speciali' riferite al *r.e.p.* possono apparire improprie: è certo che esse non ricorrono nella dottrina e nella giurisprudenza francese che, invece, costruiscono questo *recours* come un sistema unitario, caratterizzato dalla oggettività del contenzioso legato al sindacato sull'atto in funzione della legalità dell'ordinamento (cfr. § 4). Tuttavia esse appaiono idonee ad identificare e ricondurre ad unità quelle ipotesi connotate dall'attribuzione al giudice di poteri ulteriori o differenti rispetto a quello di annullamento e quei riti che presentano aspetti che contribuiscono, con riferimento al profilo soggettivo e/o oggettivo, a porli in una posizione eccentrica rispetto al *r.e.p.* in senso stretto.

Non sembra, infatti, contestabile che all'interno del *contentieux de l'excès de pouvoir* siano presenti riti che attribuiscono forme di tutela differenziate: il riferimento è al *recours en déclaration de nullité* (cfr. § 5.3), al *recours en appréciation de légalité/validité* (cfr. § 5.4) e al *recours dans l'intérêt de la loi* (cfr. § 5.5), tutti connotati dall'assegnazione al giudice di particolari poteri decisori. D'altronde la loro presenza non ha mai posto problemi sistematici: da sempre sono ricostruiti come strumenti di chiusura del sistema del contenzioso amministrativo di tipo oggettivo.

³² CE Sect., 28 maggio 1971, *Damasio*, in *AJDA*, 1971, p. 406, chron. D. Labe-toulle e F. Cabanes. Cfr. inoltre CE Ass., 4 ottobre 1974, *Dame David*, in *AJDA*, 1974, p. 525, chron. L. Franc e D. Boyon, che ha riconosciuto sussistere l'interesse ad agire in capo ad un cronista giudiziario per l'impugnazione di un decreto che limitava la pubblicità delle udienze. È invece generalmente escluso l'interesse ad agire in capo agli utenti di un servizio per l'impugnazione degli atti di organizzazione di un *service public*: cfr. CE Sect., 8 gennaio 1982, *Lambert*, in *RDP*, 1982, p. 457, note J. Robert.

³³ CE Sect., 14 febbraio 1958, *Abisset*, in *AJDA*, 1958, p. 21, chron. J. Fournier e M. Combarneus.

³⁴ CE, 29 marzo 1901, *Casanova*, *R.* p. 333; CE, 27 gennaio 1911, *Richemond*, *R.* p. 105.

Analogamente nell'ambito del medesimo contenzioso sono presenti riti speciali in senso stretto: il riferimento è al *déféré préfectoral* (cfr. § 5.1) e al *contentieux de l'urbanisme* (cfr. § 5.2). Proprio quest'ultimo appare come la forma di rito speciale più tipica nell'ambito del *contentieux de l'excès de pouvoir*. Le specificità procedurali che caratterizzano il *contentieux de l'urbanisme* hanno costituito una vera e propria torsione del *r.e.p.* che in materia urbanistica viene piegato ad esigenze di tutela soggettiva: al centro del giudizio non vi è tanto una questione di diritto oggettivo, quanto l'esigenza di assicurare tutela alla situazione giuridica soggettiva vantata dal ricorrente nei confronti dell'esercizio del potere amministrativo.

5.1 Il *déféré préfectoral* quale rito speciale in senso soggettivo ed oggettivo

Il *déféré préfectoral* (d'ora in avanti *d.p.*), contemplato, inizialmente, dalla legge n. 82-213 del 2 marzo 1982 in materia di «*droits et libertés des communes, des départements et des régions*» (artt. 3, 46 e 69), è adesso disciplinato dal *Code général des collectivités territoriales* (artt. L2131-6 s.; L3132-1 s.; L 4142-1 s.)³⁵. La sua previsione coincide con la soppressione da parte della legge n. 82-213 del potere prefettizio di annullamento e di riforma degli atti amministrativi degli enti locali e dei loro enti pubblici. Al venir meno di questo potere 'di tutela' ha corrisposto l'attribuzione al Prefetto, territorialmente competente, del «*pouvoir général*»³⁶ di presentare – allorché ne ricorrano i presupposti – il *d.p.* per richiedere al tribunale amministrativo l'annullamento, per vizi di illegittimità, degli atti degli enti locali e delle «*sociétés d'économie mixte locales*» (legge 29 gennaio 1993, art. 82).

La qualificazione del *d.p.* quale rito speciale deve, peraltro, essere precisata dal momento che la sua natura è stata lungamente discussa, chiedendosi se esso configurasse un vero e proprio *recours particulier* comunque legato, evidentemente, al *contentieux de la légalité*, o se, invece, si trattasse comunque di un *r.e.p.* assoggettato per certi profili ad un regime particolare. Su questo aspetto il *Conseil d'État* ha affermato che, «en l'absence de dispositions législative et réglementaires organisant une procédure particulière», è comunque necessario ed opportuno applicare le regole dalla *procédure contentieuse administrative*³⁷, con la riconduzione del *déféré*

³⁵ In proposito, cfr. D. Chabanol, *Décentralisation et juge administratif*, in *AJDA*, 1983, p. 73 ss.; J.-F. Lachaume, *Remarque sur le contrôle a posteriori de la légalité des actes des autorités locales décentralisées*, in *RFDA*, 1985, p. 529; G. Vivens, *Le contrôle de légalité des actes non soumis à transmission*, in *AJDA*, 1986, p. 541 ss.; J.-C. Hélin, *La régulation administrative du contrôle de légalité et le droit*, in *RFDA*, 1987, p. 765 ss.; P. Brunelli, *Le contrôle de légalité*, Paris, 1998; K. Favro, *Le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales: bilan et perspectives*, in *LPA*, 2003, n. 7; R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, cit., p. 397 ss. e 539 ss.

³⁶ CE, 14 gennaio 1998, *Conseil rég. du Centre*, R. p. 7.

³⁷ Il *d.p.* «est soumis, lorsque la loi n'en dispose pas autrement, aux règles de

nell'alveo del *r.e.p.* salva l'applicazione di specifiche regole derogatorie rispetto al regime ordinario, in particolare con riferimento al profilo soggettivo del ricorrente e a quello oggettivo degli atti impugnabili³⁸. La non assoluta coincidenza del *d.p.* con il *r.e.p.* è, tuttavia, confermata dal consolidato orientamento giurisprudenziale per cui la disponibilità del primo rimedio non preclude al Prefetto la possibilità di avvalersi del secondo nei confronti degli atti non regolamentari dei Comuni (ad esempio, l'atto di nomina o di promozione di un dipendente comunale)³⁹.

La presentazione del *d.p.* è attribuita unicamente al Prefetto territorialmente competente⁴⁰ – con esclusione della possibilità di delegarne la competenza – senza, peraltro, essere subordinata alla sussistenza di alcuno specifico interesse a ricorrere.

Il *d.p.* riguarda innanzitutto tutte «les deliberations, arrêtés et actes [...] ainsi que les conventions» degli enti locali (comuni, dipartimenti e regioni), soggette all'obbligo di comunicazione/trasmissione all'autorità prefettizia. A differenza del *r.e.p.*, quindi, il *d.p.* può avere ad oggetto, oltre ai provvedimenti amministrativi unilaterali, anche i contratti amministrativi nonché quegli altri atti che ordinariamente non sono impugnabili mediante il *r.e.p.*, a condizione che essi costituiscano oggetto dell'obbligo di trasmissione al Prefetto. Al controllo prefettizio e dunque al *d.p.* sono sottratti soltanto gli atti che gli enti locali (in particolare i Comuni) adottano in qualità di rappresentanti dello Stato e gli atti di diritto privato.

Il *d.p.* può riguardare anche gli atti non assoggettati all'obbligo di trasmissione/comunicazione, qualora i destinatari degli effetti sfavorevoli, legati all'adozione dell'atto, richiedano all'autorità prefettizia la proposizione del *déféré* (c.d. *déféré sur demande*)⁴¹. La presentazione del *d.p.*, tuttavia,

droit commun de la procédure devant les tribunaux administratifs»: così CE, 9 dicembre 1987, *Comm. de Gréoux-les-Bains*, in *DA*, 1988 (11).

³⁸ CE, 18 aprile 1986, *Commune de la Rép. D'Ille-et-Vilaine*, in *RFDA*, 1986, p. 206, concl. Roux; in *AJDA*, 1986, p. 455, note D. Chabanol; CE, 28 febbraio 1987, *Commune de Grand-Bourg-de-Marie-Galante*, in *AJDA*, 1987, p. 419, note X. Prétot; in *RFDA*, 1987, p. 212, concl. B. Stirn, e 1988, p. 777, note J.-Cl. Douence.

³⁹ Sulla facoltà del Prefetto di avvalersi del *recours*, cfr. CE, 24 novembre 1911, *Comm. de Saint-Blancard*, S. 1912, 3, p. 1, note M. Hauriou. A questo proposito cfr. CE, 30 gennaio 1987, *Commune de la Rép. D'Ille-et-Vilaine*, in *RFDA*, 1987, p. 221, note J.-Cl. Douence; CE, 13 gennaio 1988, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales*, in *RDP*, 1988, p. 853, note F. Llorens; in *AJDA*, 1988, p. 160, chr. A. Azibert e M. de Boisdeffre, che ha comunque dichiarato ricevibile un *déféré* avverso un contratto non assoggettato all'obbligo di trasmissione, convertendolo in *recours pour excès de pouvoir* contro l'atto di approvazione del contratto.

⁴⁰ Il *d.p.* deve dunque essere presentato dal Prefetto del *Département* nel caso di deferimento di atti del Comune, del *Département* e dei relativi enti pubblici, oppure della *Région* nell'ipotesi di deferimento di atti della Regione o dei relativi enti pubblici.

⁴¹ Sul *déféré sur demande*, cfr. J.-M. Auby, R. Drago, *Traité des recours en matière administrative*, Paris, 1992, p. 571 ss.

non preclude a quei medesimi destinatari di presentare, in via autonoma, il *r.e.p.* contro quegli stessi atti allorché, in via immediata, incidano negativamente sulla loro sfera giuridica⁴².

Il Prefetto, mediante il *d.p.* può unicamente invocare i vizi di illegittimità dell'atto e può richiedere soltanto l'annullamento totale (o parziale) dell'atto impugnato.

5.2 *Il contentieux de l'urbanisme quale rito differenziato nell'ambito del contentieux de l'annulation: l'esigenza di efficacia in un contenzioso amministrativo soggettivizzato*

Nell'ambito del *contentieux de l'annulation* un posto particolare spetta al *contentieux de l'urbanisme* che, per l'importanza di siffatta materia, presenta alcune specificità sostanziali e procedurali, previste e disciplinate con legge n. 94-112 del 9 febbraio 1994, idonee a qualificarlo quale rito speciale in senso proprio nell'ambito del *contentieux administratif*⁴³.

Più sopra è stato ricordata la classificazione tradizionale dei ricorsi suddivisi tra *contentieux de l'annulation* e di *pleine juridiction* ovvero tra contenzioso oggettivo e quello soggettivo. Il *contentieux de l'urbanisme* è difficilmente ascrivibile ad una di queste categorie: benché la sua appartenenza al *contentieux de l'annulation* non possa essere negata, tuttavia il processo cui esso dà luogo riflette in maniera limitata la dimensione oggettiva che caratterizza quel tipo di contenzioso. Esso ha costituito e continua a costituire un ambito sperimentale in cui «les solutions juridique classiques sont confrontées à des solutions nouvelle et s'efforcent de trouver le moyen d'y faire face»⁴⁴. Un ambito sperimentale che non finisce, comunque, di essere guardato con un certo sospetto da quanti osservano che «la multiplication des dérogations au droit processuel général constitue un sérieux danger pour le contentieux administratif et risque de détruire l'œuvre bicentenaire du juge, tentant de faire un

⁴² CE, 26 ottobre 1984, *Commune d'Heume-L'Eglise*, R. p. 583.

⁴³ In proposito, cfr., D. Labetoulle, *Droit du contentieux de l'urbanisme et droit du contentieux administratif*, in *Mélanges en honneur de J. Waline*, Paris, 2002, p. 236 ss.; J.-B. Auby, *La loi du 9 février 1994 et le contentieux de l'urbanisme*, in *RFDA*, 1995, p. 25 ss.; C. Maugué, E. Crépey, *La réforme des autorisations d'urbanisme*, in *RFDA*, 2007, p. 535 ss. Da segnalare che nell'ambito dell'urbanistica, il contenzioso più rilevante continua ad essere, senza dubbio, quello attorno alla legittimità degli atti adottati dai poteri pubblici rispetto ai quali la tutela offerta dal *r.e.p.* rimane assolutamente dominante; tuttavia, partire dagli anni Novanta del XX secolo, le controversie indennitarie in sede di *pleine juridiction* appaiono in costante aumento: in proposito, cfr. J.-B. Auby, *La responsabilité de la puissance publique en matière d'urbanisme*, in *Petit Affiche*, 3 luglio 1991 (79), p. 18.

⁴⁴ D. Linotte, R. Romi, *Services public et droit public économique*, V edit., Paris, 2003, p. 39.

juste équilibre entre les nécessités de l'action administrative et la protection des particuliers»⁴⁵.

La previsione di regole sempre più garantiste delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini destinatari delle decisioni amministrative in materia urbanistica ha comportato che il *contentieux de l'urbanisme* abbia concorso, in passato, e continui a concorrere, ancora oggi, al mutamento del contenzioso amministrativo e del *r.e.p.* in maniera specifica, soprattutto sotto il profilo della sua progressiva soggettivizzazione in relazione alla pluralità di interessi coinvolti⁴⁶. Nel prisma della speciale procedura contenziosa che assiste la materia urbanistica, si assiste ad una sorta di normalizzazione del diritto amministrativo con l'obiettivo di ricercare «un équilibre entre les droits des particuliers et les nécessités de l'action administrative»⁴⁷.

Il tentativo di perfezionare i meccanismi di controllo del giudice in funzione dell'effettività della tutela ha indubbiamente impresso uno specifico carattere al *contentieux de l'urbanisme* mediante l'introduzione di una disciplina processuale speciale che, in una prospettiva ricostruttiva storica, ha percorso alcune soluzioni che sono state, in seguito, estese all'intero campo del *contentieux administratif*. Invero la materia costituisce una sorta di naturale settore di sperimentazione: la disciplina urbanistica ha caratteri tipicamente autoritari in grado di pregiudicare le situazioni giuridiche dei cittadini e come tale richiede idonei strumenti di tutela, in primo luogo sotto il profilo giurisdizionale. È questa la ragione per cui in siffatto ambito il *r.e.p.* «en est arrivé, dans de cas de plus en plus nombreux, à protéger des intérêts patrimoniaux»⁴⁸.

La specificità di questo contenzioso è da ricercare, innanzitutto, nel fatto che esso frequentemente vede coinvolte non due, come nel *r.e.p.*, ma tre parti: (a) l'amministrazione pubblica quale detentrica del potere di decisione, il cui atto è all'origine della lite, (b) il ricorrente che frequentemente non è il destinatario degli effetti del provvedimento amministrativo e, infine, (c) il beneficiario del provvedimento contestato nella veste di controinteressato. In questa vicenda, il giudice del *r.e.p.* viene a trovarsi in un ruolo per lui, il più delle volte, inconsueto: quello del soggetto terzo, *super partes*, chiamato a risolvere una lite che vede la presenza di interessi contrapposti.

Ma la soggettivizzazione opera anche su un altro versante: quello dell'interesse a ricorrere. Il ricorrente agisce in giudizio per proteggere

⁴⁵ G. Peiser, *Contentieux administratif*, XIII edit., Paris, 2004, p. 255.

⁴⁶ P. Fraissex, *La 'subjectivisation' du droit administratif*, in *PA*, 15 ottobre 2004 (n. 207), p. 12-16.

⁴⁷ C. Debbasch, *Droit administratif*, VI édit., Paris, 2002, p. 31.

⁴⁸ V. Le Coq, *Les conditions de recevabilité propres au contentieux de l'urbanisme: le dispositif de l'article L.600-3 C. Urb.*, in *GP*, 26/27 marzo 1997, p. 559 (doctrine).

o ottenere il ripristino della situazione giuridica soggettiva anteriore alla adozione dell'atto impugnato. Il risultato più evidente di tutto ciò è che, nella materia urbanistica, la finalità del *contentieux de l'annulation* non è più quella di controllare l'amministrazione, ma quella di garantire la situazione giuridica del soggetto privato. Il *contentieux administratif* diventa così sempre più un contenzioso degli interessi, personali e soggettivi, dei cittadini e sempre meno un momento di disciplina oggettiva dell'attività amministrativa: la controversia che vede coinvolti amministrazione ed amministrato non ha per oggetto «de savoir si l'administrateur a parfaitement respecté la règle de droit pour refuser. Le litige, le vrai litige est de savoir si l'administré a droit d'obtenir le titre qu'il réclame»⁴⁹. Con una ulteriore conseguenza, ossia che il ruolo/scopo del processo non può più essere apprezzato unicamente in termini di protezione della legalità, ma deve essere valutato in termini di efficacia della tutela per l'interessato.

Tutto ciò evidentemente non significa che le controversie in materia urbanistica diano luogo ad un processo autonomo: le regole che si applicano a quel contenzioso sono, innanzitutto, quelle che reggono il processo amministrativo e in maniera specifica il *r.e.p.* Peraltro, l'applicazione del c.d. diritto comune del *contentieux administratif* è apparso insufficiente nell'ambito di un contenzioso nel quale i ricorrenti richiedono al giudice essenzialmente la protezione di interessi puramente soggettivi.

Più in generale, l'inadeguatezza degli strumenti e delle regole del *r.e.p.* ha costituito la cartina di tornasole delle debolezze di questo tipo di ricorso, in grado di spiegare sia l'introduzione di regole specifiche per queste controversie capaci di qualificare il relativo processo come rito speciale, sia lo sviluppo – con riferimento ad altri settori, come si vedrà più oltre – di un *contentieux objective de pleine juridiction* come strumento frapposto alla proliferazione di una pluralità di modelli processuali e alla rottura dell'unitarietà di fondo delle regole procedurali.

Riguardo al primo profilo, «depuis 1986, le juge administratif, cherchant maladroitement à endiguer l'afflux du contentieux de l'urbanisme, renforce la spécificité de ce contentieux qui est de moins en moins soumis aux principes généraux du contentieux administratif de droit commun»⁵⁰. All'opera della giurisprudenza – in particolare sull'interpretazione della nozione di interesse a ricorrere – è seguito l'intervento del legislatore con la previsione di un insieme di regole procedurali derogatorie rispetto al diritto comune del processo amministrativo.

La legge n. 94-112 del 9 febbraio 1994 ha inteso «organiser dans le domaine de l'urbanisme une justice plus transparente, plus rapide et plus

⁴⁹ D. Chabanol, *Le juge administrative, future administrateur? Debat*, in G. Gardavaud, H. Oberdorff (dir.), *Le juge administrative à l'aube du XXI siècle*, Grenoble, 1995, p. 271.

⁵⁰ M. Prieur, *Urbanisme et environnement*, in *AJDA*, 1993 (n. special: *Droit de l'urbanisme*), p. 83.

efficace»⁵¹. Le novità introdotte rispetto al c.d. rito ordinario del *r.e.p.* riguardano sia il piano più strettamente procedurale, sia gli effetti della decisione.

Con riferimento a questi ultimi, le novità sono caratterizzate dall'intento di rendere meno incerta la situazione del beneficiario della decisione amministrativa a seguito del suo annullamento e di costringere il giudice a pronunciare sull'insieme dei motivi di impugnazione allegati dal ricorrente.

Sotto il primo profilo, è stata, innanzitutto, respinta la soluzione giurisprudenziale circa le conseguenze dell'annullamento del provvedimento impugnato, in virtù della quale l'annullamento dei piani urbanistici aveva per effetto quello di rinviare direttamente alle regole generali in materia urbanistica⁵². La nuova previsione normativa, invece, dispone che l'annullamento di un atto di pianificazione urbanistica ha per effetto di «remettre en vigueur» il piano «immédiatement antérieur» (art. 1, legge n. 94-112 del 9 febbraio 1994, già art. L125-5, alinea 1, *Code urban.*, adesso art. L121-8, inserito dall'art. 1, legge 2000-1208 del 13 dicembre 2000)⁵³. È stato, poi, disposto che in caso di annullamento di un diniego di rilascio di un'autorizzazione di occupazione o di utilizzazione del suolo oppure di «opposition à une déclaration de travaux régies par le [...] code [de l'urbanisme]», l'amministrazione deve esaminare l'eventuale nuova domanda sul fondamento delle disposizioni normative applicabili alla data dell'iniziale domanda, a condizione che a) la sentenza di annullamento sia passata in giudicato e b) la nuova domanda di rilascio sia «effectuée dans les six mois suivant la notification de l'annulation au pétitionnaire» (art. L600-2 *Code urban.*). In presenza di queste due condizioni, l'amministrazione non può, quindi, adottare un nuovo provvedimento di diniego legato all'intervento – dopo l'annullamento – di una diversa previsione urbanistica (c.d. irrilevanza delle sopravvenienze normative) perché altrimenti la sentenza verrebbe privata di qualsiasi efficacia e questo non appare più giustificabile nel momento in cui il *r.e.p.* diventa lo strumento per assicurare/garantire la soddisfazione delle pretese soggettive⁵⁴. Infine è stata attribuita al giudice la facoltà di pronunciare sentenze di annullamento soltanto parziale del provvedimento impugnato (art. L600-5 *Code urban.*).

⁵¹ B. Bosson, *Les premiers enseignements de l'application de la loi du 9 février 1994 et les perspectives*, in *RFDA*, 1995, p. 4.

⁵² CE Sect., 8 giugno 1990, *Assoc. de sauvegarde du patrimoine martiniquais (Assaupamar)*, in *RFDA*, 1991, p. 149, concl. H. Touteé; CE, 25 novembre 1991, *Comm. de Saint-Palais-sur-Mer et Assoc. des Amis de Saint-Palais-sur-Mer*, in *RFDA*, 1992, p. 164; CE Sect., dicembre 1993, *Murtin*, in *RDP*, 1994, p. 1218, concl. R. Abraham.

⁵³ J.-B. Auby, H. Périnet-Marquet, *Droit de l'urbanisme*, IV édit., Paris, 1995, n. 298 ss. Per l'esame della giurisprudenza anteriore, cfr. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, cit., n. 1225 e 1234 (p. 1112 ss. e 1117 ss.).

⁵⁴ J.-B. Auby, *La loi du 9 février 1994 et le contentieux de l'urbanisme*, in *RFDA*, 1995, p. 39 ss.

Quanto all'esigenza di evitare che accolto uno dei motivi di impugnazione del ricorso e così giustificato l'annullamento dell'atto, il giudice possa ritenere assorbiti gli altri motivi di ricorso, è stato previsto l'obbligo, per il giudice del contenzioso urbanistico, di pronunciare sull'insieme dei motivi di impugnazione suscettibili di fondare l'accoglimento del ricorso sia con riferimento alla domanda di annullamento del provvedimento che alla richiesta di accoglimento dell'istanza cautelare (art. L600-4-1 *Code urban.*). In precedenza, in ragione sia del principio della c.d. economia dei mezzi che della concezione strettamente strumentale del conflitto, il giudice poteva annullare il provvedimento fondando la sua decisione su un unico motivo senza pronunciarsi sugli altri lamentati profili di illegittimità, secondo modalità simili a quanto avviene nell'ordinamento italiano con riferimento al c.d. assorbimento dei motivi.

Passando al profilo procedurale è da ricordare, innanzitutto, l'obbligo di notificazione del ricorso (art. L600-3, *Code urban.*, adesso L600-1) quale condizione – a differenza del *r.e.p.* – della sua ricevibilità. Il ricorso con il quale viene impugnata una autorizzazione di occupazione o di utilizzazione del suolo (ad esempio, un permesso di costruire) oppure un piano urbanistico, deve essere notificato, nel termine di quindici giorni decorrenti dal suo deposito, sia all'autorità amministrativa che ha rilasciato l'autorizzazione, sia al soggetto titolare/beneficiario dell'autorizzazione. Lo scopo della deroga all'ordinario regime del *r.e.p.* appare quella di responsabilizzare il ricorrente, di garantire il principio di certezza giuridica in capo al beneficiario, che in ragione di ciò deve essere tempestivamente informato del rischio al quale può essere esposto, e infine di assicurare il rispetto del principio del contraddittorio.

Il campo di applicazione dell'obbligo di notificazione è stato definito dal *décret* n. 2007-18 del 5 gennaio 2007 (art. 12). L'obbligo di notificazione riguarda tutti e soltanto i ricorsi contenziosi (incluso il *déféré préfectoral*) introduttivi del giudizio di primo grado preordinato all'annullamento (parziale o totale) dell'autorizzazione impugnata. Ossia riguarda unicamente il *recours en annulation*, non anche il *recours en appréciation de légalité*⁵⁵. La giurisprudenza ha escluso, in ogni caso, tale obbligo con riferimento ai procedimenti di *référé* promossi in materia urbanistica, perché il loro scopo è unicamente quello di ottenere la temporanea sospensione del provvedimento, essendo talora legati (come nel caso del *référé-suspension*) al ricorso principale *en annulation*, che deve comunque essere notificato⁵⁶.

⁵⁵ CE, 18 novembre 1998, *Comm. de Peyrestortes*, in *DA*, 1999, n. 58, obs. L.T.

⁵⁶ CE, 21 giugno 2002, *Assoc. seine-et-marnaise pour la sauvegarde de la nature*, in *AJDA*, 2002, p. 1200, note P. Planchet. Sotto questo profilo l'art. R600-1 *Code urban.* è esplicito nel circoscrivere l'obbligo di notificazione al *recours* con il quale viene impugnato «le jugement initial» e richiama la sua «annulation ou [...] la réformation». La giurisprudenza ha inoltre precisato che, con riferimento ai *jugements*, l'obbligo deve intendersi limitato ai soli casi in cui sia appellata la sentenza di rigetto del *recours* in primo grado: CE Sect. (*avis* art. 12), 26 luglio 1996, *Comm. de Triel*-

Infine, devono altresì essere notificati i ricorsi amministrativi che come tali preludono, in caso di rigetto, alla presentazione del *recours en annulation*: l'omessa notificazione del ricorso amministrativo determina l'irricevibilità del *recours contentieux*⁵⁷.

La mancata notificazione del ricorso determina la sua irricevibilità, senza alcuna possibilità di regolarizzazione, né volontaria né su impulso del giudice⁵⁸.

Un secondo profilo di specialità è costituito dai limiti temporali entro i quali, in occasione dell'impugnazione di una autorizzazione urbanistica, è possibile eccepire l'illegalità per vizi di forma o di procedura (*illégalité externe*) degli atti pianificatori presupposti («schéma directeur, plan d'occupation des sols ou document d'urbanisme») (art. L600-1 *Code urban.*). La mancata impugnazione nel termine di decadenza di due mesi decorrenti dalla notificazione o pubblicazione dei suddetti atti produce l'inoppugnabilità della decisione amministrativa: l'inoppugnabilità dell'atto non coincide con la sua legittimità, l'atto inoppugnabile non è per ciò stesso anche legittimo. Nell'esperienza giuridica francese il corollario di quest'ultima proposizione è dato dalla possibilità che l'illegittimità della decisione presupposta – divenuta ormai definitiva perché trascorso il termine perentorio per la proposizione del ricorso (ad esempio, un atto regolamentare quale un piano urbanistico) – possa essere eccepita con l'impugnazione di una decisione successiva (ad esempio, un'autorizzazione prevista dal medesimo piano urbanistico) per ottenerne, a sua volta, l'annullamento – se l'originaria illegittimità dell'atto regolamentare eccepita contamina l'atto impugnato – anche in assenza di suoi vizi propri⁵⁹. Il giudice amministrativo ammette dunque, «après l'écoulement des délais de recours pour excès de pouvoir, que l'on invoque tout de même devant lui, mais par voie d'exception, l'illégalité d'un acte réglementaire qui sert de base à l'acte,

sur-Seine, in *RFDA*, 1996, p. 1031, concl. J.-C. Bonichot; CE, 19 aprile 2000, *Comm. de Creuil-Bois-roberts*, in *RFDA*, 2000, p. 711.

⁵⁷ Il *décret* n. 2007-18 del 5 gennaio 2007 ha chiarito anche l'estensione oggettiva dell'obbligo di notificazione del *recours*. Mentre in precedenza questo ambito era stato definito dalla giurisprudenza con riferimento all'impugnazione dei c.d. «documents d'urbanisme» e delle «décisions relatives à l'occupation ou l'utilisation du sol», la recente previsione normativa ha circoscritto l'ambito in termini più precisi, individuandolo con riguardo all'impugnazione di tre diverse tipologie di atti: i «certificats d'urbanisme» (art. R410-1 s. *Code urban.*), le «décisions de non-oppositions à une déclaration préalable» (art. R421-23 s. *Code urban.*) e i «permis de construire» (artt. L421-1 e R421-14 *Code urban.*), «d'aménager» (art. R421-19 *Code urban.*) e «de démolir» (R421-26 *Code urban.*).

⁵⁸ In proposito cfr. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, cit., n. 616-623 (p. 518 ss.).

⁵⁹ Per una interpretazione restrittiva dell'*exception d'illégalité*, cfr. CE Sect., 25 febbraio 2005, *Assoc. Préservons l'avenir à Ours Mons Taulhac*, in *RDP*, 2006, p. 515, chron. C. Guettier; in *RFDA*, 2005, p. 608, concl. M. Guyomar, note R. Hostiou.

réglementaire ou individuel, dont l'annulation lui est demandée»⁶⁰. L'eccezione di illegalità degli atti regolamentari viene così ad essere sottratta al regime del termine decadenziale. Questa regola che connota in maniera essenziale l'ordinario regime del *contentieux administratif*⁶¹, è stata, invece, rigidamente circoscritta nell'ambito del *contentieux de l'urbanisme*. In materia urbanistica la possibilità di eccepire i vizi di forma o di procedura di un atto regolamentare presupposto (i.e., di un piano urbanistico) è stata limitata entro il termine di sei mesi decorrenti dal momento in cui l'atto pianificatorio è divenuto efficace (art. L600-1 *Code urban.*, inserito dall'art. 3, legge n. 94-112 del 9 febbraio 1994)⁶². Sono esclusi dall'applicazione di questo termine soltanto i vizi di 'forma sostanziali' concernenti l'informazione e la partecipazione dei cittadini alla formazione degli atti di pianificazione, quali, ad esempio, quelli relativi alla violazione delle norme relative all'«enquête publique sur les schémas de cohérence territoriales» (art. 600-1-3 *Code urban.*).

Lo scopo di questa disciplina appare chiaro: impedire che la mera irregolarità formale o procedurale dell'atto di pianificazione determini l'annullamento dell'atto consecutivo con eventuali gravi ripercussioni sui beneficiari delle autorizzazioni già rilasciate⁶³.

⁶⁰ CE, 29 maggio 1908, *Poulin*, R. p. 580.

⁶¹ G. Peiser, *Les conséquences de la reconnaissance par le Conseil d'Etat de l'illégalité d'un acte administratif par voie d'exception*, in *Mélanges J.-M. Auby*, Paris, 1992, p. 277.

⁶² In proposito è opportuno ricordare che i piani urbanistici sono comunque suscettibili di contestazione diretta fondata su un qualsiasi vizio di forma o di procedura fintantoché non sia scaduto il termine per la proposizione del *recours pour excès de pouvoir*. L'*exception d'illégalité* resta sempre possibile per qualsiasi altra *irrégularité externe*, così come per tutte le ipotesi di incompetenza e di *illégalité interne*. La stessa previsione legislativa che preclude l'*exception d'illégalité* legata ai vizi di forma e di procedura, sottrae a questa sorta di amnistia tre vizi che, quantunque di forma e di procedura, svolgono nella formazione degli atti di pianificazione un ruolo fondamentale: (a) «absence de mise à la disposition du public des schémas directeurs», (b) «méconnaissance substantielle ou violation» delle regole dell'inchiesta pubblica in materia di piani che prevedono l'occupazione di suoli; (c) assenza della relazione di accompagnamento del piano e dei documenti grafici collegati ai progetti d'urbanizzazione.

⁶³ Peraltro è stato osservato come anche in questo caso il legislatore sia ricorso ad un semplice espediente: «au lieu de s'attacher à clarifier et fixer les procédures d'élaboration et de révision des plans et documents d'urbanisme (dont la complexité et la mobilité sont largement à l'origine des irrégularités commises), le législateur institue, se qui est plus facile, une limitation des possibilités de contestation» (R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, cit., n. 776 [p. 689]). Cfr. CC, 21 gennaio 1994 (2 e 7 consid.), in *RFDA*, 1995, p. 7, note P. Hocreître. In precedenza la stessa giurisprudenza aveva limitato in materia urbanistica l'applicazione dell'*exception d'illégalité* circoscrivendo la nozione di atto applicativo di piano urbanistico («acte d'application d'un règlement d'urbanisme»), ad esempio contestando che un permesso di costruire o una autorizzazione di lottizzazione costituissero applicazione del piano di occupazione dei suoli, oppure che una dichiarazione di pubblica utilità co-

Altro profilo d'interesse nella costruzione della specialità del rito in materia di contenzioso urbanistico è il tema della tutela cautelare. Invero ben prima della riforma del 2000 in materia di *référé*s, nell'ambito delle controversie urbanistiche era emersa l'esigenza di innovare gli strumenti cautelari a disposizione del ricorrente. Il legislatore già con la riforma del 1994, preso atto della incapacità del giudice amministrativo di assicurare una tutela rapida in questo ambito del contenzioso amministrativo, aveva avviato la riforma degli strumenti cautelari. Per un verso, le procedure cautelari, e in particolare quella in materia di rinvio dell'esecuzione dell'atto contestato, erano attribuite alla competenza del giudice monocratico (art. L600-5 *Code urban.*), e, per l'altro, erano state previste delle misure cautelari specifiche. Adesso anche nel campo del contenzioso urbanistico trovano applicazione le procedure di *référé*s.

5.3 *Il recours en déclaration de nullité: la differenziazione legata alla nullità del provvedimento amministrativo*

Il provvedimento amministrativo nullo può costituire l'oggetto di ricorso: può essere impugnato davanti al giudice amministrativo per essere esaminato come un atto ordinario mediante *recours en déclaration de nullité*, un *recours* che a ben vedere – tenuto conto della concorrente giurisdizione ordinaria – è di rara applicazione. La specialità di questo *recours* è fortemente limitata: sotto il profilo procedurale va tenuto distinto dal *r.e.p.* essenzialmente per l'assenza di un termine di decadenza per la proposizione del ricorso. Il vizio di cui è affetto l'atto, regolamentare o individuale, è talmente grave che esso può essere sollevato in ogni tempo⁶⁴.

La nullità di una decisione amministrativa costituisce, in ragione della sua gravità, un mezzo di ordine pubblico e dunque non soltanto può essere sollevato d'ufficio dallo stesso giudice, ma il *recours en déclaration* può essere promosso da chiunque, senza necessità che il ricorrente sia titolare di uno specifico interesse ad agire.

Un significativo mutamento ha riguardato l'individuazione dell'atto inesistente. Mentre per il *Tribunal des conflits* l'atto inesistente coincideva con l'atto amministrativo «manifestement insusceptible de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration»⁶⁵, la giurisprudenza

stituisse atto esecutivo di uno «schéma directeur d'aménagement et d'urbanisme»: cfr. CE Sect., 7 febbraio 1986, *Colombet*, in *RDP*, 1986, p. 1161, concl. M. Dandolet; CE Sect., 8 giugno 1990, *Assoc. de sauvegarde du patrimoine martiniquais (Assaupamar)*, cit.; CE Sect., 25 febbraio 2005, *Assoc. Préservons l'avenir à Ours Mons Taulhac*, cit. *supra*.

⁶⁴ CE, 6 luglio 1956, *Pierre Alype*, *R.* p. 305; CE, 31 maggio; CE Ass., 31 maggio 1957, *Rosan Girard*, in *GAJA*, n. 78; *D.*, 1958, p. 152, note P. Weil; 8 novembre 1974, *Epoux Figueras*, *R.* p. 545; 15 maggio 1981, *Philippe Maurice*, *D.* 1982, p. 147, note P. Blondel e J. Laferrière.

⁶⁵ TC, 27 gennaio 1966, *Guigon*, *R.* p. 830. In tal senso anche CE, 10 ottobre

za più recente del *Conseil d'Etat* ha circoscritto il concetto di inesistenza agli atti «manifestement insusceptibles eu égard au motif pour lequel elles ont été prises, de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi à l'administration»⁶⁶.

L'atto inesistente, a differenza dell'atto illegittimo, è dichiarato «nul et non avvenu» o «nul et de nul effet» e, in entrambi i casi, l'atto viene meno retroattivamente, talché esso «est réputée n'être jamais intervenu»⁶⁷. Il giudice amministrativo non può, tuttavia, pronunciare alcuna sentenza di condanna al risarcimento per i danni causati dal provvedimento nullo: nel caso in cui esso integri anche una *voie de fait*, l'azione di condanna potrà essere avanzata davanti al giudice ordinario.

5.4 *Il recours en appréciation de légalité/validité degli atti amministrativi: la differenziazione legata alla presenza della pregiudiziale di légalité e la collaborazione tra le giurisdizioni*

Il *recours en appréciation de légalité* degli atti amministrativi appartiene al *contentieux de la légalité*, anche se di frequente finisce per confondersi – impropriamente – con il *recours en interprétation*, tanto che assieme a quest'ultimo è di solito ricondotto all'ambito del c.d. *contentieux de l'interrogation*⁶⁸.

Esso è costruito come un ricorso incidentale in quei casi in cui davanti al *juge judiciaire* (giudice civile o ordinario) venga in rilievo, ai fini della risoluzione della controversia, una questione pregiudiziale di legalità/legittimità di un certo atto amministrativo. Tenuto conto che al giudice ordinario

1969, *Consorts Muselier*, in *AJDA*, 1969, p. 686, note G. Denoix de Saint-Marc e D. Labetoulle.

⁶⁶ CE, 4 maggio 1988, *Jacques Plante*, in *RDP*, 1989, p. 922. Per altro aspetto, allorché sia pregiudicato il diritto di proprietà o una libertà fondamentale, è incerta l'assimilazione dell'atto inesistente alla *voie de fait* tenuto conto che in numerosi casi la *voie de fait* è costituita non da un provvedimento, ma dalla sua illegale esecuzione materiale, mentre soltanto un atto può essere qualificato come inesistente. Lo stesso *Conseil d'Etat* considera come inesistenti alcuni atti che non sono costitutivi di una *voie de fait*: CE Sect., 31 gennaio 1958, *Société des établissements Lassalle-Astis*, in *AJ*, 1958, II, p. 90, chron. L. Fournier e G. Braibant. Inoltre ricondurre l'atto inesistente alla *voie de fait* può suscitare il dubbio che per la sua configurazione sia necessario che esso arrechi – o possa essere suscettibile di arrecare – un pregiudizio ad un diritto o ad una libertà fondamentale.

⁶⁷ CE, 26 dicembre 1925, *Rodière*, in *GAJA*, n. 43; in *RDP*, 1926, p. 32, concl. Cahen-Salvador.

⁶⁸ In proposito, cfr. M. Reglade, *L'exception d'illégalité*, in *RDP*, 1923, p. 409 ss.; A. Fliniaux, *Le recours en appréciation de validité*, in *Mélanges en l'honneur de M. Hauriou*, Paris, 1929, p. 297 ss.; A. Heurté, *Le recours sur renvoi des tribunaux judiciaires*, in *AJDA*, 1958, I, p. 111 ss.; D. Dero-Bugny, *La compétence du juge administratif saisi d'un recours en appréciation de validité d'un acte administratif encadré par le renvoi préjudiciel du juge judiciaire*, in *RFDA*, 2006, p. 73.

è preclusa qualsiasi valutazione sulla questione di legittimità di un atto amministrativo, lo stesso giudice deve sospendere il giudizio *a quo* ed invitare le parti a presentare al giudice amministrativo la questione riguardante la legittimità dell'atto rilevante ai fini della decisione finale, nei limiti in cui essa è definita con l'ordinanza di sospensione del giudizio⁶⁹. Il ricorrente, pertanto, deve promuovere innanzi al competente giudice amministrativo il *recours en appréciation de validité*, affinché la sua pronuncia (dichiarativa) sulla questione pregiudiziale consenta di definire il giudizio principale.

Esso costituisce uno strumento di collaborazione tra i due ordini giurisdizionali⁷⁰. Al giudice amministrativo può essere richiesto, nell'ambito del *recours en appréciation*, di dichiarare se un atto amministrativo è o meno conforme al parametro normativo, «à la règle de droit»⁷¹. L'oggetto della questione può altresì riguardare la qualificazione di un atto o di una situazione giuridica (ad esempio, indicare se un contratto abbia natura pubblica, se l'immissione nel possesso di un bene configuri una requisizione, se quella autorità amministrativa sia competente ad adottare un determinato atto, se un regolamento sia tuttora vigente e così via)⁷².

La necessaria condizione di ricevibilità del *recours en appréciation* è costituita dalla pendenza di un giudizio davanti al *juge judiciaire* nel quale la questione di legittimità dell'atto amministrativo si pone come pregiudiziale per la soluzione della lite. Il *recours en appréciation* può essere presentato unicamente dai soggetti che siano parti nel giudizio principale, in qualunque momento, non essendo prevista per la sua proposizione alcun termine decadenziale⁷³.

⁶⁹ La preclusione per il giudice *a quo* di decidere sulla questione pregiudiziale distingue quest'ultima dalla *question préalable*: entrambe «ont ce caractère commun qu'elles préjugent la solution d'un litige. Mais tandis que la question préalable peut être résolue par le juge du fond lui-même, les questions préjudicielles exigent un jugement distinct et séparé, émanant d'un autre juge du fond» (E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, II edit., t. 2, cit., p. 444). In proposito, cfr. CE, 20 novembre 1957, *Portet*, in *RFDA*, 1957, n. 431.

⁷⁰ V. Duez, G. Debeyre, *Traité de droit administratif*, Paris, 1950, p. 281.

⁷¹ Così il *Commissaire de gouvernement* Duchon-Doris in *CAA Marseille*, ch. 1, 18 giugno 1998, in *RFDA*, 1999, p. 1087, obs. J.-P. Negrin.

⁷² CE, 7 maggio 1954, *Ministre des Finances*, in *AJDA*, 1954, 2, p. 293; CE, 22 gennaio 1982, *Ah Won*, in *RDP*, 1982, p. 816, note R. Drago; in *AJDA*, 1982, p. 440, chron. Tiberghien e Lasserre. D'altronde la stessa giurisprudenza amministrativa ammette che il giudice ordinario possa sottoporre al giudice amministrativo, mediante *recours en appréciation*, le più differenti questioni: è il caso della domanda diretta a determinare se un ente pubblico sia responsabile di un certo danno causato ad un privato oppure se un certo fatto sia imputabile al funzionario a titolo di *faute de service* oppure di *faute personnelle* (CE, 28 ottobre 1960, *Grima*, R. p. 577). A fronte di questo indirizzo, è da segnalare, più di recente, quello del giudice penale che ha limitato fortemente il ricorso al *recours en appréciation* mediante l'apprezzamento diretto della legittimità degli atti amministrativi.

⁷³ CE, 28 aprile 1882, *Ville de Cannes*, R. p. 389; CE, 1 giugno 1962, *Electricité de Strasbourg*, in *RDP*, 1962, p. 1176, note M. Waline; CE, 8 febbraio 1989, *Mrs. A*

L'ambito degli atti che possono formare oggetto del *recours en appréciation de légalité* è più esteso di quello del *r.e.p.*: l'oggetto può essere costituito oltre che da regolamenti e provvedimenti amministrativi, anche da atti unilaterali privi dei caratteri tipici della decisione amministrativa, da contratti amministrativi⁷⁴ e da circolari non regolamentari⁷⁵. Il *recours* è irricevibile, invece, nel caso in cui l'atto costituisca unicamente l'espressione di una opinione o di un proposito⁷⁶.

Il giudizio sul *recours en appréciation de légalité* si conclude con una sentenza dichiarativa: il giudice amministrativo può soltanto dichiarare la legittimità (o meno) dell'atto oggetto del giudizio, non può né pronunciare una sentenza di annullamento, né condannare l'amministrazione al risarcimento del danno, né ingiungere alcunché nei suoi confronti⁷⁷. Gli effetti della sentenza sono circoscritti – nei limiti in cui sono stati prospettati – al giudizio principale in cui la questione pregiudiziale relativa alla legittimità dell'atto è stata sollevata: soltanto con riferimento alle parti di quel giudizio la sentenza ha effetti obbligatori e il giudice civile deve conformarsi a quanto in essa previsto⁷⁸. Peraltro «si le juge administratif

et R.M. (req. N. 71184); CE, 23 luglio 1993, *Mme G* (req. n. 133136); CE, 4 agosto 2006, *M. Pierre A* (req. n. 263299). Nei casi in cui il *recours* abbia ad oggetto atti individuali, non può essere eccepita alla parte interessata l'inoppugnabilità dell'atto per decorrenza del termine decadenziale di impugnazione. Tutto ciò evidentemente ha un difetto e un pregio. L'inconveniente è costituito dal fatto che la mancanza di un termine permette l'esercizio dell'eccezione di illegittimità in ogni tempo, anche quando l'atto non più impugnabile mediante *r.e.p.* Per converso, la previsione di un termine di decadenza per la presentazione del *recours en appréciation* avrebbe quale conseguenza quella di rendere, per lo più, il ricorso principale irricevibile e dunque di precludere al giudice ordinario di decidere nella concreta fattispecie litigiosa.

⁷⁴ In argomento, cfr. CE, 14 novembre 1924, *Chartier*, R. p. 892.

⁷⁵ Per tutti, cfr. CE, 18 giugno 1981, *Patrick Lesage*, R. p. 279.

⁷⁶ In proposito, cfr. TC, 27 gennaio 1964, *Sté Coopérative agricole de stokage de la région d'Ablis*.

⁷⁷ Sul contenuto che può assumere la sentenza dichiarativa, cfr. J.-M. Auby, R. Drago, *Traité des recours en matière administrative*, cit., p. 68 ss. Sulla questione dell'assimilazione degli effetti d'una dichiarazione d'illégalité a quella di un annullamento, cfr. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, cit., n. 1231-1234 (p. 1115 ss.), che individua tre casi in cui la dichiarazione d'illégalité è assimilata, quanto ai suoi effetti, ad un annullamento.

⁷⁸ Sull'autorità assoluta del giudicato nel *recours en appréciation de légalité* in materia penale e, dopo il 1985, anche in materia civile, cfr. Cass., Ass. plén., 25 febbraio 1966, in *Bull.*, n. 1, p. 1; Soc. 30 gennaio 1969; in *Bull. civ.*, V, n. 70, p. 58; Civ. 1^{er}, 19 giugno 1985, *Office nat. De la chasse*, D. 1985, p. 426, rapp. P. Sargos: «toute déclaration d'illégalité d'un texte réglementaire par le juge administratif, fût-elle décidée à l'occasion d'une autre instance, s'impose au juge civil qui ne peut plus faire application du texte illégal»; Civ. 1^{er}, 18 settembre 2002, in *CJEG*, 2003, p. 81, notes O. Renard-Payen e Y. Gaudemet. Sull'autorità relativa del giudicato, invece, cfr. CE, 3 luglio 1996, *Soc. ABS Engineering*, in *RFDA*, 1996, p. 1055. Sui profili legati al giudicato nel *recours en appréciation de légalité*, cfr. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, cit., n. 1211 (p. 1096 ss.).

a statué sur des points non soulevés par le jugement de renvoi, l'autorité de la chose incompétemment jugée s'opposant à ce que le juge judiciaire ne tienne pas compte de ce qui a été jugé ultra petita»⁷⁹.

5.5 *Il recours dans l'intérêt de la loi avverso gli atti amministrativi: una 'specialità' storica*

Questo ricorso ha origini esclusivamente giurisprudenziali: è, infatti, attraverso l'opera creativa del giudice amministrativo che il ricorso nell'interesse della legge – già previsto quale mezzo di impugnazione straordinario delle sentenze passate in giudicato⁸⁰ – è stato esteso agli atti amministrativi allorché è venuto meno il potere di annullamento d'ufficio del ministro nei confronti degli atti degli enti locali⁸¹.

Il ricorso nell'interesse della legge è l'ultima espressione della defunta teoria del Ministro-giudice. Allorché viene meno il potere di intervenire d'ufficio sugli atti amministrativi e sulle decisioni giurisdizionali da parte del Ministro, quest'ultimo conserva, tuttavia, la prerogativa (esorbitante) di richiedere al *Conseil d'Etat* di giudicare della legittimità/legalità di un atto amministrativo o di una decisione giurisdizionale. Un giudizio promosso non in occasione di una lite, ma unicamente a seguito dell'istanza del Ministro e, come tale, privo di effetti sulla esistenza di quel certo atto o di quella certa decisione contestata e dunque sulle situazioni giuridiche soggettive coinvolte.

Il *recours dans l'intérêt de la loi* – il cui regime giuridico è quello tipico del *r.e.p.* – è esperibile soltanto dal Ministro competente per domanda-

⁷⁹ C. Durand, *Les rapports entre les juridictions administratives et judiciaires*, Paris, 1956, p. 241. Sotto un differente profilo è discusso se l'effetto obbligatorio riguarda soltanto le sentenze che dichiarano l'illegittimità dell'atto, ovvero se si estenda anche a quelle di rigetto del *recours*, cosicché laddove il giudice amministrativo dichiara formalmente la validità dell'atto questa dichiarazione non possa essere ignorata dal giudice ordinario: in proposito, cfr. P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administrative pour excès de pouvoir*, these Paris, 1952, p. 86 ss.

⁸⁰ Sul punto, cfr. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, cit., p. 1351 ss.

⁸¹ CE, 10 aprile 1908, *Ministre de l'Intérieur*, S. 1910, 3, p. 98, concl. Tardieu. Nelle sue conclusioni il *commissaire du gouvernement* Tardieu affermava che estendere l'oggetto del ricorso nell'interesse della legge consentiva ai ministri, «gardiens de la légalité», di disporre di un mezzo di controllo, particolarmente penetrante, sugli atti delle autorità inferiori. Non solo: egli affermava inoltre che a fianco del *r.e.p.* che annulla l'atto con effetti *erga omnes*, contro gli atti illegittimi inoppugnabili era comunque giustificato un ricorso che «puisse aboutir à en condamner la doctrine et mettre les autorités administratives en garde contre la tentation qu'elles pourraient avoir de faire des actes semblables». Più di recente, cfr. CE Sect., 12 giugno 1959, *Ministre des Affaires économiques et financières c. Filaire*, in AJDA, 1959, II, p. 191, concl. H. Mayras; CE, 31 marzo 1995, *Ministre de la Santé c. Sté Philantropique*, n. 117810; CE, 10 aprile 2002, *Ministre de l'Équipement, des Transports et du Logement*, in *Rev. droit imm.*, 2002, p. 527, obs. Y. Jégouzo; CE, 10 gennaio 2007, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, in BJCL, 2007, p. 33, concl. M. Guyomar.

re al giudice amministrativo di dichiarare l'illegittimità di una decisione amministrativa inoppugnabile o di una sentenza passata in giudicato. L'intervento della sentenza del giudice amministrativo ha unicamente effetti dichiarativi e non determina, come già ricordato, alcuna conseguenza sull'atto impugnato, ma è semplicemente preordinata a far conoscere la posizione del giudice riguardo alla legittimità di un certo atto. In sostanza, gli effetti della decisione sono 'pedagogici', volendo evitare la creazione di un precedente fondato su errate ragioni giuridiche.

6. *Il contentieux de pleine juridiction. L'ampliamento del campo di applicazione e i caratteri peculiari*

Tradizionalmente, il *r.e.p.* è stato ed è tuttora considerato, nel quadro complessivo della giurisdizione amministrativa, come il contenzioso 'nobile', l'eccezionale invenzione del *Conseil d'Etat* per ricondurre l'attività amministrativa sotto il dominio della legge o, detto altrimenti, nell'ambito dei principi propri dello Stato di diritto. Mentre il *recours de plein contentieux* è stato qualificato come il contenzioso sul fatto, per ciò stesso dotato di rango cadetto nell'ambito del *contentieux administratif*. Talché non si è mancato di osservare come soltanto il *r.e.p.* corrisponda alla fondamentale e specifica missione del giudice amministrativo, ben potendo le controversie di *plein contentieux* essere devolute alla giurisdizione ordinaria⁸².

L'evoluzione storica ha avuto, come sarà detto, un altro corso: il *contentieux de pleine juridiction* si è rivelato con sempre maggior frequenza come la soluzione più idonea a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale in campi tra loro anche notevolmente differenti.

All'ambito tradizionale del *contentieux de pleine juridiction* appartengono le controversie in materia contrattuale e quelle relative alla responsabilità dell'amministrazione, quelle in materia elettorale, fiscale e delle pensioni, nonché le controversie in materia di *installations classées* e di *immeubles insalubres*. Inoltre sono tradizionalmente ricompresi nel *contentieux de pleine juridiction* anche i *recours en interprétation*: tuttavia questi *recours*, il cui oggetto è quello di determinare l'esatto significato e contenuto di un atto amministrativo oscuro, sono come tali destinati a rimanere estranei alla distinzione tra contenzioso soggettivo e contenzioso oggettivo e si concludono – al pari del *recours en appréciation de validité* (cfr. § 5.4) – con una sentenza dichiarativa.

La distinzione tra *recours de plein contentieux* e *r.e.p.* è fondata, in via principale, sui differenti poteri attribuiti al giudice e, in via sussidiaria, sull'oggetto del ricorso.

Il criterio principale riposa sul fatto che il giudice amministrativo in alcune materie o categorie di controversie dispone di un potere più esteso

⁸² Cfr. Y. Gaudemet, *L'avenir de la juridiction administrative*, in *GP*, 1979, p. 511.

rispetto al mero potere di annullare la decisione amministrativa impugnata: oltre ad annullare una decisione, il giudice del *plein contentieux* può pronunciare sentenze costitutive in materia contrattuale, può condannare l'amministrazione al pagamento di somme di denaro, può riformare la decisione amministrativa oggetto del suo giudizio, sostituendo (in tutto o in parte) la propria sentenza al provvedimento dell'amministrazione, assumendo, per taluni aspetti, la veste di superiore gerarchico di quest'ultima⁸³. Quanto all'oggetto, mentre nel caso del *r.e.p.* al centro del giudizio è posta la questione di *illégalité* del provvedimento amministrativo, nel caso del *recours de plein contentieux* al centro del giudizio è collocato il rapporto tra soggetto privato e amministrazione pubblica.

Indipendentemente da questi profili, il *contentieux de pleine juridiction* va tenuto distinto dal *r.e.p.* per più di un aspetto.

Innanzitutto, ai fini della sussistenza dell'interesse a ricorrere, il ricorrente deve dimostrare l'esistenza di una lesione di un proprio diritto soggettivo, dunque non la mera legittimazione ad agire in giudizio, ma la titolarità di un vero e proprio interesse al conseguimento di una utilità o di un vantaggio attraverso il processo. Il secondo aspetto riguarda l'obbligo del ministero di un difensore, salvo le controversie in materia elettorale, fiscale e il contenzioso sulle pensioni. Il terzo è dato dal termine per ricorrere: nel caso di controversie in materia di indennità l'interessato deve agire nel termine di due mesi decorrenti dalla notificazione della

⁸³ Per una ricostruzione complessiva del *contentieux de pleine juridiction* è ancor fondamentale P. Sandevor, *Études sur le recours de pleine juridiction*, Paris, 1964; da ultimo, cfr. R. Drago, *Le contentieux de pleine juridiction au début du XXI siècle*, in *Études en l'honneur de Pierre Sandevor*, Paris, 2000, p. 5 ss.; D. Bailleur, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, Paris, 2002; R. Chapus, *Marcel Waline et la théorie du contentieux administratif*, in *RDP*, 2002, p. 947 ss.; S. Boussard, *La classification des contentieux à l'épreuve de la métamorphose du juge de l'excès de pouvoir*, in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Paris, 2006, p. 305 ss. Quanto alla estensione dei poteri del giudice amministrativo di *plein contentieux*, ad esempio, nel caso del contenzioso sugli impianti pericolosi per la protezione dell'ambiente – ricompreso nell'ambito del *contentieux de pleine juridiction* – il giudice può valutare sia la legittimità formale, sia quella sostanziale «au regard des règles de fond» delle autorizzazioni rilasciate ovvero del provvedimento di diniego dell'autorizzazione all'esercizio dei suddetti impianti, con riferimento all'epoca del suo giudizio ossia prendendo in considerazione la situazione di fatto esistente in quel momento e in applicazione della normativa in vigore a quella stessa data. CE Sect., 7 febbraio 1986, *Colombert*, in *RDP*, 1986, p. 1161, concl. M. Dandolet; CE Sect., 1 luglio 1987, *Hardy*, in *RFDA*, 1988, p. 865, concl. C. Vigouroux; CE, 5 luglio 2006, *Sarl Entreprise Olivo*, in *AJDA*, 2006, p. 1728, concl. M. Guyomar; in *RFDA*, 2006, p. 1091. In materia di contenzioso elettorale, cfr. CE 26 maggio 1979, *Vincent*, in *DA* 1978, n. 225; in materia di contenzioso avverso i provvedimenti del Prefetto di dichiarazione di insalubrità di immobili di proprietà privata, spetta al giudice del *plein contentieux* pronunciare sul carattere dell'immobile al momento della sua decisione tenuto conto dell'insieme delle circostanze di fatto addotte dalla parti: CE, 29 dicembre 2000, *Ministre de l'emploi et Delerue*, R. p. 674.

decisione espressa di rigetto della domanda di indennità presentata in via preliminare all'amministrazione; questo termine non deve, invece, essere osservato nell'ipotesi di decisione implicita di rigetto legata al silenzio serbato dall'amministrazione (art. R421-3 *CJA*). Nei casi di controversie contrattuali, il termine di prescrizione dell'azione *en nullité absolue* è di trenta anni; mentre in caso di nullità relativa il termine di prescrizione è fissato in cinque anni⁸⁴. Un ulteriore profilo di distinzione attiene alla possibilità di invocare qualsiasi mezzo per ottenere una pronuncia favorevole: possono essere allegati motivi di mera legittimità con la consapevolezza che qualunque illegittimità/illegalità dell'atto è necessariamente costitutiva di una *faute de service* (ma questa non produce obbligatoriamente una fattispecie di responsabilità dell'amministrazione), oppure possono essere dedotti motivi di opportunità e finanche di equità.

Il differente oggetto del giudizio comporta altresì che il giudice della *pleine juridiction* debba valutare la fattispecie oggetto del giudizio al tempo della pronuncia e non, come nel caso del *r.e.p.*, al momento dell'adozione della decisione impugnata, dovendo così prendere in considerazione anche quegli elementi (di fatto e di diritto) ignorati dall'amministrazione all'epoca dei fatti o che si siano comunque prodotti successivamente fino al momento della pronuncia della sentenza, con la possibilità di disporre la riapertura dell'istruttoria amministrativa ove ciò sia giudicato necessario ed opportuno.

Infine, mentre il giudicato formatosi sul *r.e.p.* produce effetti *erga omnes*, nel caso della *pleine juridiction* i suoi effetti riguardano unicamente le parti del giudizio (con l'eccezione tuttavia del contenzioso elettorale).

Quanto alla titolarità del potere ingiuntivo, questa distinzione è venuta meno con la legge n. n. 95-125 dell'8 febbraio 1995 che ha attribuito questo potere anche al giudice del *r.e.p.* Talché il giudice amministrativo, indipendentemente dal *recours* con cui sia adito, dispone del potere di prescrivere tutte le misure necessarie ad ottemperare al giudicato. All'esercizio del potere ingiuntivo è poi legata la possibilità di fissare un termine per l'esecuzione e di applicare una *astreinte*, provvisoria o definitiva, indipendentemente dal pregiudizio sopportato e dal conseguente risarcimento del danno, ossia la possibilità di condannare l'amministrazione a pagare una somma di denaro per ogni giorno di ritardo a partire da quel certo momento determinato nel corso del giudizio (art. L911-1-7 *CJA*).

6.1 *L'evoluzione del contentieux de pleine juridiction: da contenzioso tipico a contenzioso composito o del tentativo di limitare la specialità dei riti*

A differenza del *r.e.p.* che presenta un carattere fortemente omogeneo, il *recours de plein contentieux* appare un contenzioso composito, eterogeneo, in cui l'eterogeneità è data innanzitutto dal contestuale carattere soggettivo ed oggettivo (R. Chapus).

⁸⁴ T.A. Paris, 17 dicembre 1998, *SNCF*, *D.* 1999, p. 313, note J.-D. Dreyfus.

Per un verso, è un contenzioso soggettivo: esso è preordinato a riconoscere un diritto soggettivo, quello che scaturisce dal contratto pubblico oppure quello legato al risarcimento del danno da responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione pubblica. Per l'altro, conserva i caratteri del contenzioso oggettivo laddove il ricorrente sollevi una questione di legittimità di un atto amministrativo a fondamento della sua domanda. Ma la sua eterogeneità è legata anche ad una tendenza – normativa e giurisprudenziale – più recente che vede il *recours de plein contentieux* sostituire il *r.e.p.* con riferimento a specifiche controversie, cosicché la via della piena giurisdizione diventa la sola aperta, con l'attribuzione al giudice della possibilità di risolvere la lite mediante una 'misura' positiva e non più soltanto 'negativa'. A partire dagli anni Ottanta del XX secolo, il campo del *plein contentieux* è stato esteso molto al di là del suo ambito tradizionale: questa estensione è il frutto di un duplice processo.

Innanzitutto, è il risultato del trasferimento di certe materie prima attribuite al *contentieux de l'excès de pouvoir* alla *pleine juridiction*. È il caso delle controversie in materia di sanzioni adottate dalle *Authority* che la legge ha progressivamente attribuito al *contentieux de pleine juridiction*; ed è il caso dei ricorsi avverso gli *ordres de recettes* (ossia, i ruoli per il recupero delle somme dovute all'amministrazione per un titolo diverso da quello d'imposta) che la giurisprudenza ha sottratto al *contentieux de l'excès de pouvoir* per assoggettarli alla disciplina tipica del *plein contentieux*. Talché, adesso, non è più possibile domandare – in applicazione della giurisprudenza *Lafage* (cfr. *infra*) – il solo annullamento della decisione impugnata, ma dovrà essere richiesta la modifica/rideterminazione dell'ammontare del credito reclamato dall'amministrazione⁸⁵.

In secondo luogo, è la conseguenza della creazione di nuovi ambiti di contenzioso legati alla *pleine juridiction* comunque preordinati all'annullamento di un atto amministrativo unilaterale. Secondo l'interpretazione evolutiva della giurisprudenza, possono essere ricondotti alla *pleine juridiction* tutti quei *recours* che non sono espressamente qualificati come appartenenti al *contentieux de l'annulation*, indipendentemente dal fatto che si tratti, per la natura della questione posta al giudice, di ricorsi c.d. oggettivi, ossia dove la sorte della lite dipende esclusivamente dalla risoluzione di una questione di legittimità dell'atto amministrativo.

A tutto ciò si è sommato l'indirizzo giurisprudenziale in forza del quale il *contentieux de pleine juridiction* assorbe il *contentieux de l'annulation* quando nel medesimo ricorso è contenuta tanto la domanda di annullamento del provvedimento, quanto quella di condanna al risarcimento dei danni: in presenza di un cumulo di domande la loro decisione è da attri-

⁸⁵ Questa soluzione è stata accolta anche per gli *Etats exécutoires*: CE Sect., 27 aprile 1988, *Mbakam*, in *AJDA*, 1988, p. 438, chron. A. Azibert e M. de Boisdeffre, e per gli *ordres de versement*: CE Sect., 23 dicembre 1988, *Cadilhac*, in *AJDA*, 1989, p. 254, concl. M. Fornacciari.

buire al giudice del *plein contentieux* con la conseguente obbligatorietà del ministero di un difensore⁸⁶.

La *pleine juridiction* assolve così ad una duplice necessità. Per un verso, costituisce all'interno del *contentieux administratif* una sorta di argine alla frammentazione delle regole del processo amministrativo, ben rappresentata in altri ordinamenti dalla crescita incontrollata di riti speciali (ad esempio, quello italiano). Per l'altro, configura la 'forma di tutela' comune nei confronti delle varie componenti del sistema amministrativo nel suo complesso, in una prospettiva di realizzazione dei principi di effettività della tutela e di rispetto delle regole del giusto processo⁸⁷.

Il che non significa affermare che la *pleine juridiction* costituisca un modello processuale 'elastico', adattabile ai mutevoli bisogni di tutela e alle variabili caratteristiche delle situazioni giuridiche da tutelare, modello meramente teorico. Piuttosto essa appare come lo strumento opposto alla proliferazione di una pluralità di modelli processuali, in grado di evitare il rischio – presente in qualsiasi disciplina processuale – che la presenza di una pluralità di tutele differenziate e di riti speciali crei 'privilegi' non sempre giustificabili, in favore di certi soggetti e in danno di altri o in rapporto a determinate forme di tutela, accordate a taluni diritti e non ad altri. Tutto ciò non significa che sia preclusa la predisposizione di discipline processuali diversificate (e non lo è nei fatti: basti pensare alla vicenda che ha riguardato il *contentieux de l'urbanisme*); significa soltanto che la loro presenza è legittima nella misura in cui la specialità sia necessaria per eliminare squilibri o privilegi presenti a livello sociale, oppure sia legata ad obiettive peculiarità dei rapporti sostanziali da tutelare, senza pregiudicare, in ogni caso, la necessaria neutralità dello strumento processuale.

6.2 *Il recours de plein contentieux quale contenzioso soggettivo sui contrats administratifs e sulla responsabilità dell'amministrazione pubblica: cenni*

L'ambito del *recours subjectif de plein contentieux* è costituito dalle controversie legate ai *contrats administratifs* (contratti pubblici) e al risarcimento del danno causato dall'illegittimo esercizio del potere amministrativo: in entrambi i casi, il giudice è chiamato a conoscere di un diritto soggettivo con pieni poteri decisionali⁸⁸.

⁸⁶ CE, 7 novembre 1990, *Ministre de la Défense c/ Mme Slosse*, in *AJDA*, 1991, p. 142, concl. C. de Montgolfier.

⁸⁷ Su questo ultimo profilo, cfr. F. Sudre, *Du droit à un procès équitable devant les juridictions administratives*, in *RFDA*, 1990, p. 203 ss.; M. Fabre, *Le droit à un procès équitable. Etude de jurisprudence sur l'application de l'art. 6-1*, in *JCP*, 1998, I, n. 157; S. Guinchard, *Le process équitable: droit fondamental?*, in *AJDA*, 1998 (n. special), p. 191 ss.; F. Sudre, *Le droit à un process équitable, "hors les juridictions ordinaires"*, in *Mélanges en l'honneur de L. Dubois*, Paris, 2002, p. 205 ss.

⁸⁸ In questa sede si può soltanto ricordare il principio fondamentale secondo cui «l'autorité judiciaire [est] la gardienne de la liberté individuelle» (art. 66 Const.)

Nelle ipotesi di contenzioso contrattuale, il giudice del *plein contentieux* può essere adito soltanto dalle parti del contratto, con un atto introduttivo (*demande*) preordinato ad ottenere l'esecuzione del contratto, il pagamento di un indennizzo risarcitorio conseguente a responsabilità contrattuale, la risoluzione o la nullità (parziale o totale) del contratto ovvero di un suo atto di esecuzione. Il *contentieux de pleine juridiction* non è, invece, accessibile ai terzi: costoro se intendano contestare un contratto di diritto pubblico che pregiudichi i loro interessi potranno rivolgersi unicamente al giudice dell'*excès de pouvoir*, attraverso l'impugnazione dei c.d. *actes détachable*⁸⁹.

Nelle controversie in materia di risarcimento del danno causato dall'illegittimo esercizio del potere amministrativo, il soggetto interessato può domandare – anche dopo che sia trascorso il termine di decadenza previsto per la proposizione del *r.e.p.* – la riparazione dei danni causati dall'atto in ragione della sua *illégalité* sul fondamento della responsabilità *pour faute*. In questo caso al giudice dovrà essere contestualmente richiesto (a) l'annullamento della *decision préalable* dell'amministrazione che respin-

e della proprietà privata: «la protection de la propriété privée rentre essentiellement dans les attributions de l'autorité judiciaire» (TC, 4 giugno 1940, *Soc. Schneider et Cie*, R. p. 248), così come «la sauvegarde de la liberté individuelle» (TC, 18 dicembre 1947, *Hilaire et Dme Cortesi*, in *JCP*, 1948, n. 4087). Per il suo esame anche con riferimento alle fattispecie legislative, cfr. R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, XV edit., Paris, 2007, n. 931 ss. Tuttavia, ferma la competenza generale del giudice amministrativo in materia di responsabilità extracontrattuale per illegittimo esercizio del potere, la legislazione ha previsto, in epoche diverse, più di una deroga con l'attribuzione al giudice ordinario di numerose e svariate fattispecie che prescindono dal principio dell'«autorité judiciaire gardienne de la propriété privée et des libertés fondamentales»: in proposito possono essere ricordate le controversie in materia di responsabilità per danni conseguenti ad incidenti di origine nucleare (legge n. 68-943 del 30 ottobre 1968), quelle legate al funzionamento del servizio penitenziario, alla circolazione degli autoveicoli (legge n. 57-1424 del 31 dicembre 1957) e, ancora, quelle in materia di risarcimento dei danni conseguenti ad emorragioni (legge n. 91-1406 del 31 dicembre 1991).

⁸⁹ Nel quadro di questo ricorso, il giudice amministrativo aveva riconosciuto ai terzi la possibilità di invocare la stessa invalidità del contratto, ma non aveva risolto la questione degli effetti dell'annullamento dell'*acte détachable* sul contratto. Soltanto a partire dal 1995, con l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di ingiunzione, la tutela legata all'annullamento dell'*acte détachable* ha cessato di essere meramente virtuale. Da quel momento il *Conseil d'Etat* ha affermato il potere di ingiunzione alla pubblica amministrazione di risolvere consensualmente il contratto, oppure, in mancanza, la possibilità di adire il giudice del *plein contentieux* per ottenere una pronuncia di nullità del contratto: cfr. CE, 26 marzo 1999, *Société Hertz*, in *RFDA*, 1999, p. 997, note D. Pouyaud; in *AJ*, 1999, p. 427, concl. J.-H. Stahl. Questa costruzione giurisprudenziale è stata, poi, oggetto di rivisitazione con gli *arrêts*: CE Sect., 30 ottobre 1998, *Ville de Lisieux*, in *RFDA*, 1999, p. 128, concl. J.-H. Stahl, note D. Pouyaud; CE Ass., 16 luglio 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation*, in *RFDA*, 2007, p. 696, concl. D. Casas; e, da ultimo, con l'*ordonnance* n. 2009-515 del 7 maggio 2009 (cfr. *infra* § 15.2).

ga la preliminare istanza di risarcimento proposta in via amministrativa dall'interessato e (b) la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno.

6.3 *I recours objectifs de plein contentieux: i contorni del successo di una categoria eterogenea*

I *recours objectifs de plein contentieux* costituiscono una categoria alquanto eterogenea, profondamente differente da quella appena ricordata. La loro natura oggettiva è data dal fatto che tutti i *recours*, pur continuando ad essere costruiti come ricorsi di natura soggettiva, pongono al giudice una questione di legittimità di una decisione amministrativa, in maniera analoga a quanto avviene nel *r.e.p.*

Benché certe soluzioni giurisprudenziali paiano precludere ad una loro rivisitazione, questa categoria contribuisce a spiegare non soltanto il limitato ambito dei riti differenziati, ma soprattutto la volontà di continuare a costruire le forme di tutela unicamente sul tradizionale binario. Talché «on peut estimer que le terrain est préparé pour que le régime du plein contentieux objectif soit rapproché, dans toute la mesure adéquate, de celui du recours pour excès de pouvoir. On pourrait même commencer à croire que ce que j'appellerai 'le nouveau recours pour excès de pouvoir' naîtra un jour de la fusion entre le recours pour excès de pouvoir et le recours objectifs de plein contentieux»⁹⁰.

Secondo la classificazione più consolidata, i *recours objectifs de plein contentieux* possono essere suddivisi in tre categorie.

La prima categoria è costituita da quei *recours* preordinati ad ottenere una condanna al pagamento di una somma di denaro. La fattispecie più ricorrente è rappresentata dai casi di diniego concernenti l'attribuzione di un vantaggio pecuniario (indennità, sovvenzioni, agevolazioni di varia natura) in applicazione di disposizioni di legge o di regolamento, tipica ipotesi di attività amministrativa vincolata. Nel caso in cui l'amministrazione respinga l'istanza formulata dal soggetto privato e preordinata a conseguire quel determinato vantaggio pecuniario, l'unica questione che può essere posta davanti al giudice amministrativo è quella in punto di legittimità del diniego. Cosicché l'eventuale successivo *recours* dovrà essere qualificato come *r.e.p.* nel caso in cui il ricorrente impugni unicamente il diniego chiedendone l'annullamento; mentre dovrà essere qualificato quale *recours de plein contentieux*, laddove il ricorrente, oltre a porre la questione di legittimità, richieda anche la condanna dell'amministrazione al pagamento della somma dovuta⁹¹. Secondo la consolidata giurisprudenza,

⁹⁰ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, cit., n. 264 (p. 239).

⁹¹ Sulla sostituzione del *r.e.p.* al *recours de plein contentieux* affermato dall'*arrêt*, CE, 8 marzo 1912, *Lafage*, cit., cfr. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, cit., n. 830 ss. (p. 735 ss). La giurisprudenza *Lafage* finiva per attribuire all'interes-

la natura del ricorso deve essere determinata in funzione sia «des conclusions de la requête que de la nature des moyens présentés»⁹².

La seconda categoria è costituita da ipotesi disomogenee: essa comprende, innanzitutto, tutte quelle controversie in cui al giudice amministrativo è attribuito – in virtù di specifiche disposizioni di legge ovvero in ragione dell’interpretazione pretoria – il potere di sostituire la decisione amministrativa. La normativa qualifica queste controversie *de pleine juridiction* come *contentieux spéciaux*. In tutti questi casi il giudice è investito del potere di prendere decisioni di competenza dell’amministrazione che si sostituiscono a quelle impugnate. Questi *recours* sono:

- a. il *contentieux fiscal*, nell’ambito del quale il giudice amministrativo può modificare la decisione che determina l’ammontare dell’imposizione contestata;
- b. il *contentieux électoral*, nel quale il giudice può rettificare i risultati dello scrutinio e di conseguenza modificare la designazione degli eletti⁹³;
- c. il *contentieux* sulle pensioni civili e militari di reversibilità, nell’ambito del quale il giudice può pronunciare direttamente sui diritti degli interessati;
- d. il *contentieux* sulla suddivisione e il godimento dei beni comuni⁹⁴;
- e. il *contentieux* sugli edifici pericolanti e in rovina (artt. L511-1 ss. *Code de la construction et de l’habitation*), nel quale il giudice può disporre la modifica dei lavori prescritti dall’amministrazione comunale (ad esempio, allorché l’autorità amministrativa competente abbia prescritto la riparazione dell’edificio, il giudice può ordinarne la riparazione) (cfr. *infra* § 6.4);
- f. il *contentieux des installations classées* per la protezione dell’ambiente (artt. L511-1 ss. *Code de l’environnement*): in questo caso lo svolgimento dell’attività già negata dal Prefetto, può essere autorizzata dal giudice amministrativo oppure lo stesso giudice può modificare le condizioni previste dall’autorizzazione rilasciata (cfr. *infra* § 6.4);

sato una doppia tutela: nell’immediato, la tutela costitutiva in virtù del *recours en annulation*, e, successivamente, dopo la scadenza del termine di decadenza per la presentazione del *r.e.p.*, la tutela risarcitoria legata all’introduzione del *recours de plein contentieux*. Successivamente il *Conseil d’Etat* ha circoscritto la possibilità di cumulare gli effetti dovuti ai due ricorsi, escludendola nei confronti delle decisioni con effetti unicamente pecuniari: in questi casi, allorché la decisione sia divenuta inoppugnabile per la decorrenza del termine di decadenza per la proposizione del *r.e.p.*, il ricorrente non può più richiedere – mediante *recours de plein contentieux* – l’attribuzione – a titolo risarcitorio – della medesima somma fondata esclusivamente sull’illegittimità della stessa decisione: CE Sect., 8 maggio 1959, *Ministre des finances c. Lafon*, R. p. 282.

⁹² CE, 9 febbraio 1968, *Soc. la Foncière des Champs-Élysées*, R. p. 109; CE, 25 giugno 1975, *Duverger*, in RDP 1975, p. 1439.

⁹³ CE, 31 gennaio 2007, *Elect. Mun. de Lantheuil*, in AJDA, 2007, p. 1365, note B. Maligner.

⁹⁴ CE, 12 dicembre 1997, *Gruzelle*, in RDP, 1998, p. 285, concl. J.-H. Stahl.

g. il *contentieux des immeubles insalubres* (artt. L1331-17 ss. *Code de la santé publique*).

A questo primo gruppo di *contentieux spéciaux* 'storico', deve essere aggiunto un altro gruppo di controversie, la cui specificità è data dal fatto di essere attribuite in primo grado alla competenza di un giudice speciale al quale si applicano le prerogative e il rito del *contentieux de plein juridiction*, con l'attribuzione del potere di definire pienamente la controversia anche mediante la sostituzione della decisione annullata. Questo contenzioso è costituito da:

- a. il *contentieux de la tarification sanitaire et sociale* (*décret* 11 aprile 1990, art. 15) – attribuito ad una giurisdizione specializzata costituita, in primo grado, da cinque tribunali interregionali (art. 10, legge n. 90-86 del 23 gennaio 1990);
- b. il *contentieux* sulla qualità di rifugiato, attribuito in primo grado alla *commission des recours des réfugiés*⁹⁵;
- c. il *contentieux* sul riconoscimento della qualità di handicappato, di competenza in primo grado della *commission départementale des handicapés*;
- d. il *contentieux des comptes de campagne*;
- e. il *contentieux des 'autorisations de plaider'*⁹⁶.

A questi due gruppi deve, infine, essere aggiunta una terza fattispecie di particolare importanza dovuta unicamente alla giurisprudenza creativa (c.d. *arrêt de règlement*) del *Conseil d'Etat*: il c.d. *recours en contestation de la validité du contrat*. Questo rimedio è esperibile da tutti i *concurrents évincés* nella conclusione di un *contrat administratif* – e non soltanto dai terzi che lamentino la lesione di un proprio diritto legata alla sua stipulazione – e consente di proporre ricorso in sede di *recours de pleine juridiction*, entro il termine decadenziale di due mesi a decorrere dalla data di pubblicazione del contratto, per contestare direttamente la validità del *contrat administratif* concluso tra l'amministrazione e l'aggiudicatario⁹⁷. La possibilità di ricorrere a questo strumento – secondo la stessa giurisprudenza – preclude agli stessi *concurrents évincés* che non vi abbiano

⁹⁵ CE Sect., 8 gennaio 1982, *Aldana Barreña*, in *AJDA*, 1982, p. 662, note F. Julien-Laferrière.

⁹⁶ CE Ass., 29 giugno 1992, *M.me Lepage-Huglo e Pezet et San Marco*, in *AJDA*, 1992, p. 649, chron. C. Maugüe e R. Schwartz; in *JCP*, 1992, n. 21937, note A. Chamade.

⁹⁷ CE Ass., 16 luglio 2007, *Soc. Tropic travaux signalisation*, in *AJDA*, 2007, p. 1577, chron. F. Lenica e J. Boucher; in *JCP*, 2007, n. 10160, note B. Seiller; in *RDP*, 2007, p. 1383, note F. Melleray e p. 1402, concl. D. Casas; in *RFDA*, 2007, p. 696, concl. D. Casas; note F. Moderne, p. 935, etude M. Canedo-Paris; in *RFDA*, 2007, p. 923, note D. Pouyau; in *JCP adm.*, 2007, p. 2212, note F. Linditch. Inoltre cfr. P. Cassia, *Le nouveau recours contre le contrat: questions périphériques de procédure contentieuse*, in *AJDA*, 2007, p. 1964; J.-B. Auby, *Contentieux contractuel et revirements de jurisprudence*, in *Droit adm.*, 2007, p. 7.

fatto ricorso, ancorché legittimati, l'impugnazione degli *actes détachables* del contratto mediante la proposizione del *r.e.p.*

Al di là dei molteplici profili problematici posti da questa novità, la giurisprudenza specifica che il giudice, investito di un siffatto ricorso, dispone di poteri che potrà mettere in opera in funzione «de la nature de l'illégalité éventuellement commise». Il giudice quindi, oltre a pronunciare l'annullamento parziale o totale del contratto, può disporre la risoluzione del contratto oppure modificare certe sue clausole o, in caso di esecuzione del contratto, accordare al *concurrent évincée* un indennizzo in ragione del pregiudizio subito.

La terza ed ultima categoria dei *recours objectifs de plein contentieux* è il risultato della convergenza di disposizioni legislative che, già dalla fine degli anni Settanta e sotto la crescente influenza del diritto comunitario, individuavano nel *recours de pleine juridiction* e nelle relative forme di tutela lo strumento più efficace per contestare alcune decisioni amministrative a contenuto sanzionatorio. In questi casi la scelta del *recours de pleine juridiction*, in luogo del *r.e.p.*, è dovuta essenzialmente ad una valutazione di politica del diritto, tenuto conto che attraverso il primo viene attribuito al giudice il potere non solo di annullare la decisione, ma di sostituirla con quella che valuterà più opportuna al momento della pronuncia della sentenza. Appare evidente come, in questo ultimo caso, il tradizionale modello del *plein contentieux* sia stato piegato a finalità ad esso non propriamente appartenenti.

In particolare il *recours objectifs de plein contentieux* costituisce attualmente l'unico strumento per impugnare le sanzioni (non soltanto pecuniarie) inflitte da talune specifiche autorità amministrative con l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di riformare la sanzione, sia in senso favorevole che sfavorevole al ricorrente. Tra le altre, sono da ricordare le fattispecie relative alle sanzioni inflitte: dal *Conseil supérieur de l'audiovisuel* tanto contro le società private titolari di un'autorizzazione allo svolgimento di un servizio di comunicazione audiovisiva (sanzioni pecuniarie, sospensione, riduzione e revoca dell'autorizzazione), quanto contro le società pubbliche (sanzioni pecuniarie e sospensione del programma) (legge n. 86-1067 del 30 settembre 1986, artt. 42-1, 42-15, 78 e 48-2); dall'*Autorité des marchés financiers* (décret n. 2003-1109 del 21 novembre 2003, art. 27; adesso *Code monétaire et financier*); dalla *Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance* (art. 32, legge 1 agosto 2003); dalla *Commission de regulation des communications électroniques et des postes* (art. L. 36-8, alinea IV, del *code des poste set télécommunications* inserito dalla legge n. 96-659 del 26 luglio 1996 e art. 5, legge n. 2005-516 del 20 maggio 2005); dalla *Commission de regulation de l'énergie* (art. 38, legge n. 2000-108 del 10 febbraio 2000 e legge n. 2003-3 del 3 gennaio 2003, art. 40); dall'*Agence française de lutte contre le dopage* (art. L232-23 e L241-8, *Code du sport*); dalla *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (art. 46, co. 3, legge n. 78-17 del 6 gennaio 1978); dal *Ministre du logement* a determinate associazioni di imprese (art. L313-13

Code construction et habitation); dal *Ministre de l'énergie* in materia di gas naturale (art. 31, legge n. 2003-8 del 3 gennaio 2003).

Tra le ragioni della torsione del tradizionale sistema del *contentieux administratif* va ricordata anche l'influenza e la pressione della giurisprudenza della *Corte europea dei diritti dell'uomo*, il cui consolidato indirizzo sull'art. 6.1 Cedu ha favorito il binario della *pleine juridiction*, quello che attribuisce al giudice il potere di pronunciare sull'insieme delle questioni, di fatto e di diritto, poste dalla controversia e di disporre di forme di tutela idonee a garantire l'effettività della stessa⁹⁸. Una soluzione che finisce per essere imposta nelle materie rientranti nell'ambito della competenza della *Corte europea dei diritti dell'uomo*.

L'instancabile incremento delle fattispecie attribuite al *recours objectifs de plein contentieux* ha portato perfino a mettere in discussione – come

⁹⁸ In proposito, cfr. CEDU, 23 ottobre 1995, *Gradinger v. Austria*; CEDU, 18 febbraio 1997, *Mauer v. Austria*; CEDU, 23 settembre 1998, *Malige v. France*; nonché CE Ass. gen., 6 maggio 1976 (avis n. 317.341), ove è affermato che in materia di repressione delle intese anticoncorrenziali e delle posizioni dominanti, soltanto il *recours de pleine juridiction* consente di garantire le esigenze previste dall'art. 6 Cedu. Inoltre, cfr. R. Abraham, *Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français*, in *RFDA*, 1990, p. 1061; B. Stirn, *Juridictions administratives et cours européenne*, in *Rev. adm.*, 1998, p. 212; C. Mamontoff, *La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives*, in *RFDA*, 1999, p. 1004; R. Chapus, *George Vedel et l'actualité d'une «notion fonctionnelle»: l'intérêt d'une bonne administration de la justice*, in *RDP*, 2003, p. 11 s. Sulla influenza della Cedu sul *contentieux administratif*, cfr., da ultimo, CEDU, 7 giugno 2001, *Kress v. France*, in *AJDA*, 2001, p. 675, note F. Rolin; in *RFDA*, 2001, p. 991, note B. Genevois, che ha condannato la Francia con riferimento alla presenza del *commissaire du gouvernement* nella camera di consiglio nella quale viene adottata la decisione finale e che ha portato, più di recente, ad escludere la sua partecipazione alla camera di consiglio presso i tribunali amministrativi e le corti amministrative d'appello (art. 4, al. II, *décret* n. 2006-964 del 1 agosto 2006), mentre davanti al Conseil d'Etat, il *commissaire* continua, salvo contraria istanza della parte privata, ad assistere alla camera di consiglio, senza tuttavia prendere parte alla decisione (art. 4, al. III, *décret*, cit.). Con il *décret* n. 2009-14 del 7 gennaio 2009 il *commissaire du gouvernement* ha mutato nome in *rapporteur public*. La sua funzione rimane, peraltro, immutata: «un membre de la juridiction, chargé des fonctions de commissarie du gouvernement, expose publiquement, et en toute indépendance, son opinion sur les questions que présentent à juger les requêtes et sur les solutions qu'elles appellent» (art. L7, *CJA*). Quello che è cambiato è il quadro procedurale complessivo: adesso le parti, o i loro avvocati, «peuvent présenter de brèves observations orales après le prononcé des conclusions du rapporteur public» (art. 732-1, co. 5, e art. 733-1, co. 2, *CJA*). Sulla figura del *commissaire du gouvernement*, cfr. CE, 29 luglio 1998, *Mme Esclatine*, in *AJDA*, 1999, p. 69, note F. Rolin; in *RFDA*, 1998, p. 1065; in dottrina, cfr. *Le commissaire du gouvernement et les exigences du procès équitable (dossier)*, in *RFDA*, 2001, p. 991; R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, cit., n. 1033-1038-3 (p. 901 ss.) e n. 1138-3 (p. 1022 ss.) e ivi bibliografia indicata. Sulla istituzione del *Rapporteur public*, cfr. B. Pacteau, *Du commissarie au rapporteur, suite ... et à suivre*, in *RFDA*, 2009, p. 67.

è stato già osservato – la stessa sopravvivenza del *r.e.p.* Secondo un primo orientamento critico – affermatosi nel corso del trascorso decennio – non poteva essere eluso il fatto che iniziava «a être éclipse» l'idea che il *r.e.p.* costituisse ancora lo strumento privilegiato del controllo di legalità dell'attività amministrativa. Questa eclissi appariva inevitabile proprio in ragione del notevole incremento delle fattispecie di *recours objectifs de plein contentieux*, che quantunque incardinato attorno all'impugnazione di un atto amministrativo, appariva dotato di una capacità «plus performant» ossia di assicurare maggiori garanzie in virtù di una tutela non più limitata a quella costitutiva.

D'altra parte, è già stato osservato come il *r.e.p.*, lungi dal subire una definitiva eclissi, abbia recuperato non soltanto ambiti di contenzioso anche rilevanti, ma soprattutto la capacità di offrire anch'esso una tutela effettiva, a significare come la relazione tra i due pilastri del *contentieux administratif* non sia una questione di prevalenza dell'uno sull'altro, ma piuttosto un meccanismo in continuo adattamento alla domanda di effettività della tutela proveniente dai cittadini.

6.4 Riti differenziati nella *pleine juridiction*: il contenzioso sulle installations classées pour la protection de l'environnement e quello sugli édifices menaçant ruine

Le legge n. 76-663 del 19 luglio 1976 dispone che gli impianti industriali e commerciali che possono presentare dei «dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature et de l'environnement, soit pour la conservation des sites et des monuments» sono assoggettate alla «surveillance de l'autorité administrative», prevedendo inoltre la loro suddivisione in due classi in relazione al fatto che la loro realizzazione sia sottoposta ad autorizzazione (artt. 3 ss.) o a dichiarazione (art. 10). Il controllo è attribuito al Ministro dell'ambiente, al Prefetto e al Comune.

Al *tribunal administratif* competente per territorio è attribuito il contenzioso sui provvedimenti amministrativi relativi alla classificazione degli impianti, contenzioso che può riguardare, oltre alle autorizzazioni e ai dinieghi, espressi o impliciti, anche le decisioni che impongono nuove condizioni o modificano quelle esistenti, quelle che definiscono le prescrizioni circa il funzionamento della *installations autorisées* o sospendono l'attività di un impianto per il mancato rispetto delle condizioni.

Quanto al contenuto della sentenza del giudice amministrativo, oltre a sospendere l'esecuzione della decisione del Prefetto, può (a) confermarla puramente e semplicemente oppure confermarla a seguito della sostituzione dei motivi⁹⁹, (b) modificare la decisione del Prefetto talché le nuove

⁹⁹ CE, 16 novembre 1962, *Société industrielle de tôlerie et d'usinage mécanique*, in *AJDA*, 1963, p. 170, concl. Henry.

disposizioni si impongono direttamente ed immediatamente nei confronti del soggetto interessato e, infine, (c) annullarla. L'annullamento del diniego di autorizzazione corrisponde ad una autorizzazione implicita, potendo il Prefetto – cui dovrà rivolgersi successivamente l'interessato – fissare unicamente le modalità di svolgimento dell'attività¹⁰⁰.

L'appartenenza di questa materia al *contentieux de pleine juridiction* è data dal fatto che il giudice non si limita ad un controllo sui motivi di legittimità dell'atto. Il ricorrente può impugnare il provvedimento per qualsiasi motivo e dunque il giudice non è chiamato, unicamente, a verificarne la legittimità/legalità, ma anche la necessarietà, la sufficienza e l'adeguatezza con riferimento alla disciplina normativa vigente al momento della pronuncia¹⁰¹. Da ricordare anche che il giudice può decidere *ultra petita*¹⁰², per cui non è mancato chi ha osservato come la titolarità di poteri così ampi finisca per dare luogo ad una relazione gerarchica tra il giudice amministrativo e il Prefetto¹⁰³.

L'altro rito differenziato, storicamente appartenente al *plein contentieux*, è quello in materia di *édifices menaçant ruine*.

Nei casi in cui un edificio di proprietà privata sia pericolante e costituisca riguardo al suo stato di manutenzione un pericolo per l'incolumità pubblica, il Sindaco (*Maire*) può adottare due differenti provvedimenti in grado di porre rimedio al minacciato pericolo. Se il pericolo è valutato imminente, può adottare un provvedimento di demolizione o di messa in sicurezza: questo atto può essere impugnato dal proprietario mediante *r.e.p.* (art. L511-1 *Code de la construction et de l'habitation*).

In altri casi, invece, il Sindaco, pur in presenza di uno stato di pericolo, può limitarsi a mettere in mora il proprietario prescrivendo, entro un termine perentorio, l'esecuzione di una serie di specifiche misure valutate idonea a porre rimedio al pericolo incombente (c.d. *arrêté de péril*)

¹⁰⁰ CE, 16 ottobre 1957, *Tanneries de la Seine*, R. p. 532.

¹⁰¹ CE, 6 febbraio 1981, *Dugenes*, D. 1982, p. 308, note M. Prieur. Il giudice, altresì, può: (a) richiedere il rinnovo dell'attività istruttoria (CE, 13 marzo 1963, *Ministre de l'Industrie c. Moreau*, R. p. 612), (b) valutare l'utilità, la necessità e l'efficacia delle misure tecniche prescritte dal Prefetto per l'apertura o il funzionamento dall'industria insalubre (CE, 5 dicembre 1971, *Ministre du Développement industriel et scientifique c. Thorax*, R. p. 741), (c) autorizzare la costituzione e il funzionamento di un'industria insalubre (CE, 15 dicembre 1989, *Sté Spéchinor*, D. 1990.I.R.25), nonché (d) modificare le misure prescritte dal Prefetto, fissandone di nuove, cambiando la classe dell'industria o disponendo sulla sua collocazione (CE, 27 maggio 1988, *Société industrielle Armoricaïne de légume*, in DA 1988, n. 381; CE, 30 gennaio 1974, *Ministre délégué auprès du Premier Ministre chargé de la protection de la nature et de l'environnement*, R. p. 72).

¹⁰² Anche in questo caso la giurisprudenza è consolidata: cfr. CE, 19 giugno 1959, *Lemore*, R. p. 387.

¹⁰³ In proposito, cfr. M. de Guillenschmidt, *Bilan de la jurisprudence administrative relative aux installations classe pour la protection de l'environnement depuis l'entrée en vigueur de la loi du 19 juillet 1976*, in JCP, 1991, I, p. 3495 ss.

(art. L511-2 *Code de la construction et de l'habitation*). Nel caso in cui il proprietario non ottemperi, il Sindaco può promuovere l'intervento del giudice in sede di *recours de plein contentieux* per ottenere la convalida dell'*arrêt de péril* che – a differenza del regime generale dei provvedimenti amministrativi – non possiede forza esecutoria¹⁰⁴. Il proprietario non può impugnare l'ordinanza di pericolo mediante un *r.e.p.*¹⁰⁵, ma può soltanto depositare delle c.d. *conclusions d'annulation* nel giudizio promosso dal Sindaco, restando comunque esclusa la possibilità di richiedere la condanna dell'amministrazione al pagamento di alcuna indennità.

Il giudice, oltre ad omologare l'*arrête de péril*, può annullarlo oppure può modificarne il contenuto¹⁰⁶. A differenza del contenzioso sulle *installations classées*, il giudice non può statuire *ultra petita* e dunque non può annullare d'ufficio un *arrêté de peril* se la parte non abbia formulato alcuna *conclusions d'annulation*, neppure nei casi in cui il pericolo sia insussistente¹⁰⁷.

7. *I ricorsi su rinvio della giurisdizione ordinaria: i recours en interprétation*

Al pari del già ricordato *recours en appréciation de légalité* (cfr. § 4.4) e dell'azione di dichiarazione di nullità dei contratti amministrativi¹⁰⁸, an-

¹⁰⁴ I soggetti terzi titolari di uno specifico interesse – solitamente: il conduttore o il costruttore dell'immobile – possono unicamente intervenire nel giudizio: TA Versailles, 30 giugno 1971, *Duchier v. Maire de Treil-sur-Seine*, in *AJDA*, 1972, p. 588, obs. M.P.

¹⁰⁵ CE, 22 giugno 1951, *Cts Chevallier-Tedeschi*, *D.* 1952, p. 2, obs. P. Weil.

¹⁰⁶ Il giudice «est investi à titre exceptionnel du pouvoir de modifier la décision contestée en substituant aux travaux prescrits par l'autorité compétente ceux qu'il estime correspondre plus exactement à l'état de l'immeuble et aux dangers qui en résultent» (CE Ass., 22 giugno 1951, *Consorts Chevallier-Tedeschi*, *D.* 1952, p. 5, note P. Weil).

¹⁰⁷ CE, 22 febbraio 1957, *Roulois*, in *RDP*, 1957, p. 890, note M. Waline.

¹⁰⁸ L'azione di *déclaration de nullité des contrats administratifs* è di natura tale da compensare il rifiuto, in via di principio, del giudice di riconoscersi il potere di annullare i contratti amministrativi: «si le juge du contrat peut constater la nullité [d'un] contrat, il n'a pas le pouvoir d'en prononcer l'annulation» (CE, 28 dicembre 1988, *Etabl. De la ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines*, in *DA*, 1989, n. 94). Si tratta di un *contentieux de pleine juridiction* che può essere promosso da ciascuna parte contraente e la cui proponibilità non è subordinata né ad alcuna *décision préalable* – dal momento che la nullità può essere accertata soltanto in sede giurisdizionale – né alla osservanza del termine di decadenza di due mesi. Ma il suo esperimento in via autonoma è sempre stato raro: l'eccezione di nullità del contratto tende piuttosto ad essere sollevata nell'ambito dei giudizi relativi a ricorsi promossi nei confronti di una misura di esecuzione del contratto o, ancora, nei giudizi in materia di responsabilità contrattuale: CE Sect., 11 febbraio 1972, *Office HLM du Calvados*, in *AJDA*, 1972, p. 245, concl. G. Guillaume; CE, 6 maggio 1985, *Assoc. Eurolat*, in *RFDA*, 1986, p. 21, concl. B. Genevois.

che i *recours en interprétation* sono preordinati ad ottenere una pronuncia dichiarativa del giudice amministrativo in ordine sia al significato esatto di una certa disposizione amministrativa oscura, che in relazione ad una questione di qualificazione di un certo fatto¹⁰⁹. Peraltro a differenza del *recours en appréciation de légalité*, esso viene solitamente ricompreso nell'ambito del *recours de plein contentieux*, cosicché: (a) la sua proposizione richiede sempre il ministero di un difensore e (b) i giudici d'appello competenti sono le *Cours administratives d'appel* in caso di *recours diretto*, mentre dal 1 gennaio 2001, il CJA ha attribuito al *Conseil d'Etat* il giudizio d'appello sui *recours en interprétation sur renvoi*.

7.1 Il recours en interprétation su rinvio

Mentre il giudice penale, dopo la riforma del 1994, «lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès en cours» (art. 111-5 *Code penal*), ha piena competenza sulla interpretazione degli atti amministrativi (regolamentari o non) e sulla valutazione della loro legalità, il giudice civile, salvo diversa espressa previsione legislativa, non soltanto non può pronunciare sulla legalità di un atto, ma gli è altresì preclusa l'interpretazione degli atti amministrativi che non abbiano un contenuto regolamentare¹¹⁰.

Nei casi in cui il giudice civile sia in presenza di una questione pregiudiziale appartenente per sua natura alla competenza amministrativa, quale l'interpretazione di un certo atto amministrativo, la cui soluzione sia necessaria per la definizione del giudizio principale, deve sospendere il giudizio *a quo* e rimettere la questione al giudice amministrativo competente, di fronte al quale le parti dovranno proporre il *recours en interprétation*. Dunque, al pari del *recours en appréciation de validité*, la giurisdizione amministrativa può essere investita del *recours en interprétation sur renvoi* soltanto per il tramite del rinvio disposto dal giudice ordinario e mediante la sua introduzione da una delle parti del giudizio principale¹¹¹.

¹⁰⁹ Ad es., per stabilire se il comportamento di un certo agente pubblico integra una ipotesi di «faute personnelle» (CE Sect., 28 ottobre 1960, *Grima*, R. p. 577), se un pregiudizio è «dépourvu de tout lien avec le service» (CE, 28 febbraio 1969, *Périco*, R. p. 126), se un certo bene costituisce pertinenza del demanio pubblico (CE, 9 marzo 1956, *Cabot*, R. p. 113; CE, 17 marzo 1967, *Ranchon*, in *AJDA*, 1967, p. 415, note J. Dufau).

¹¹⁰ TC, 16 giugno 1923, *Septfons*, S. 1923, 3, p. 49, note M. Hauriou.

¹¹¹ Il *recours en interprétation sur renvoi* può, tuttavia, essere introdotto anche dal giudice amministrativo nel caso in cui oggetto dell'interpretazione sia la sentenza passata in giudicato pronunciata da un giudice amministrativo speciale, poiché il giudice amministrativo non ha il potere di interpretare il giudicato formatosi sulla decisione di altra giurisdizione amministrativa speciale: CE, 24 aprile 1931, *Ville de Constantine*, R. p. 431. Sulla necessità del rinvio, da ultimo cfr. CE, 16 novembre 1988; *Soc. Ritz Hôtel*, in *DA*, 1988, n. 650; CE, 30 luglio 1997, *BNP*, in *RFDA*, 1997, p. 1096.

L'oggetto del *recours en interprétation sur renvoi* può essere costituito da un atto amministrativo unilaterale, da un contratto amministrativo o dal giudicato formatosi su un *arrêt* del giudice amministrativo¹¹².

Come il *recours en appréciation de validité*, anche questo *recours* non è assoggettato ad alcun termine e il giudice può dichiararlo ricevibile qualunque sia il tempo trascorso dall'entrata in vigore dell'atto da interpretare o dal momento in cui sia stato proposto il giudizio di rinvio.

Il potere di decisione del giudice investito del *recours en interprétation sur renvoi* è circoscritto «dans les limites du renvoi»¹¹³, senza la possibilità di interpretare altri atti collegati a quello oggetto del rinvio¹¹⁴, né di conoscere di questioni differenti da quelle sollevate, ancorché di ordine pubblico¹¹⁵. Peraltro rispetto alle questioni poste, il giudice del *recours en interprétation sur renvoi* deve pronunciare su ognuna di esse, non potendo pretermetterne alcuna¹¹⁶.

È infine da ricordare l'obbligo per il giudice di pronunciare comunque sul *recours en interprétation sur renvoi*, anche in quei casi in cui l'atto oggetto del *recours* non presenti un carattere oscuro o ambiguo, nonché nelle ipotesi in cui il rinvio riguardi una questione non pregiudiziale nel giudizio principale¹¹⁷ o il *recours* in via principale sia irricevibile¹¹⁸.

7.2 Il *recours direct en interprétation*

A differenza del *recours en appréciation de validité* – che può essere proposto soltanto in via incidentale a seguito del rinvio da parte del giudice

¹¹² La scomparsa della figura del ministro-giudice ha escluso l'applicazione della regola della *décision préalable*, per cui l'interpretazione dell'atto può essere deferita direttamente al giudice amministrativo senza la necessità di provocare l'intervento dell'autorità amministrativa competente: CE, 20 gennaio 1888, *Consorts Coursault*, R. p. 55. Questa regola, che contempla alcune eccezioni – come nel caso dell'interpretazione di convenzioni internazionali da richiedere preliminarmente al ministro competente – è stata confermata anche più di recente: cfr. CE, 29 giugno 1990, *GISTI*, in *AJDA*, 1990, p. 621, concl. R. Abraham.

¹¹³ CE Sect., 3 novembre 1997, *Soc. Intermarbres e Soc. Million et Marais*, in *RDP*, 1998, p. 266; in *RFDA*, 1997, p. 128, concl. J.-H. Stahl.

¹¹⁴ CE, 3 maggio 1911, *Genest*, R. p. 502; CE, 10 luglio 1981, *Favret*, in *RDP*, 1982, p. 850; CE, 19 marzo 1993, *Leroy e Soc. Sol set Paysages*, in *RFDA*, 1993, p. 621.

¹¹⁵ CE, 19 maggio 1949, *Dames Natalis et Bocquet*, R. p. 145. Soltanto nel caso in cui il giudice *a quo* non abbia, né in sede di motivazione né in sede di dispositivo, circoscritto la questione rinviata, allora il giudice amministrativo dovrà esaminare tutte le questioni che siano state invocate con il *recours*: CE Sect., 17 ottobre 2003, *Ep Bompard*, in *AJDA*, 2003, p. 2028, chron. F. Donnat e D. Casas; in *RDP*, 2004, p. 390, obs. C. Guettier; in *RFDA*, 2003, p. 1256.

¹¹⁶ CE, 26 ottobre 1962, *Soucard*, R. p. 574; CE, 19 gennaio 1972, *Soc. D'assurance modern des agriculteurs*, R. p. 59.

¹¹⁷ CE, 17 giugno 1977, *Le Beux*, in *RDP*, 1978, p. 288.

¹¹⁸ CE Sect., 27 settembre 1985, *Soc. Usinor*, in *RDP*, 1986, p. 842, note Y. Gaudemet.

davanti al quale pende il giudizio principale – il *recours en interprétation* può, a certe condizioni, essere proposto anche in via principale: è l'ipotesi del *recours direct en interprétation*, il quale, ancorché sottoposto a regole più restrittive, può essere proposto dalla parte interessata in presenza di un conflitto attuale e concreto¹¹⁹.

La costante dottrina francese ha sempre posto l'accento sul carattere anomalo di questo *recours* dal momento che il ruolo del giudice non è quello di fornire interpretazioni di atti, ma piuttosto quello di risolvere le controversie. Peraltro, è stato anche sottolineato come il mero intervento dichiarativo del giudice possa rivelarsi utile nella prospettiva di evitare la formazione di un contenzioso più complesso su un conflitto già palesato¹²⁰.

Il *recours direct* è proponibile unicamente se esista, anche soltanto in via potenziale, un contrasto sull'interpretazione di un determinato atto oppure la cui risoluzione sia subordinata alla richiesta interpretazione¹²¹.

La controversia deve essere attuale: l'attualità non è tuttavia da riferire alla esistenza di una lite in sede giurisdizionale, ma ad una situazione di effettivo conflitto risultante dal disaccordo delle parti sul significato da attribuire a certi atti che reggono la loro relazione oppure sul contenuto di determinati diritti e obblighi. È sufficiente l'esistenza di una situazione di natura tale da determinare, in futuro, la proposizione di un *r.e.p.* oppure di un *recours de pleine juridiction*, il cui oggetto sia costituito da quello stesso atto¹²². Peraltro questa situazione di potenziale controversia costituisce condizione del *recours* soltanto se di natura tale da determinare delle eventuali conseguenze negative per il soggetto interessato, in particolare allorquando l'interpretazione controversa provenga da un'autorità in grado di incidere sfavorevolmente sulla posizione soggettiva dell'interessato¹²³. In tal senso la legittimazione soggettiva spetta soltanto a colui

¹¹⁹ CE, 23 marzo 1988, *Société de gestion immobilière mer et montagne*, R. p. 953.

¹²⁰ Il definitivo riconoscimento di questo *recours* da parte della giurisprudenza coincide con CE, 21 maggio 1875, *Lambertye*, R. p. 504; più di recente, cfr. CE, 28 luglio 2000, *Synd. Des entreprises de petits trains routiers*, in *RFDA*, 2000, p. 1151. In dottrina, cfr. M. Lainé, *Le recours en interprétation devant les tribunaux administratifs*, Paris, 1930; R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, cit., p. 759.

¹²¹ CE Sect., 23 maggio 1980, *Comm. d'Evauux-les-Baux*, in *AJDA*, 1981, p. 157, concl. D. Labetoulle.

¹²² CE, 26 giugno 1912, *Compagnie d'Orléans et du Midi*, R. p. 889, concl. V. Riboulet; CE, 11 maggio 1956, *Compagnie du transport en commun de la région de Douai*, in *AJDA*, 1956, 2, p. 275, concl. P. Laurent; CE Sect., 23 giugno 1967, *Laquière*, in *RDP*, 1967, p. 1215, concl. L. Bertrand. Il presupposto costituito dalla attualità e concretezza del litigio non è richiesto nel caso in cui il *recours direct* sia promosso da un ministro, eventualità peraltro rara dal momento che i ministri dispongono della possibilità di consultare, senza alcuna particolare procedura, le sezioni consultive del *Conseil d'Etat*: CE, 7 luglio 2007, *Ep. Sablé*, in *RFDA*, 2007, p. 494, concl. Y. Aguila.

¹²³ CE, 3 luglio 1959, *Ministre des Travaux publics*, in *RDP*, 1960, p. 665, note M. Waline.

che può essere pregiudicato dall'interpretazione contestata: il disaccordo deve essere tale da «faire grief au requérant»¹²⁴.

L'oggetto del *recours direct en interprétation* è costituito sia dai provvedimenti che dai contratti amministrativi: a differenza del *recours sur renvoi*, il *recours direct* è proponibile unicamente avverso gli atti 'oscuri' o 'ambigui', mentre non possono costituirne oggetto gli atti che non presentano alcuna incertezza interpretativa.

Il ricorrente può chiedere al giudice unicamente di pronunciarsi – con sentenza dichiarativa – sull'interpretazione di quel determinato atto, con riferimento al complesso delle sue previsioni ovvero ad alcune soltanto di esse¹²⁵, con esclusione di qualunque altra domanda, anche nel caso in cui quest'ultima costituisca la necessaria conseguenza di quella certa interpretazione¹²⁶. La presentazione del *recours direct en interprétation* non è sottoposto ad alcun termine di decadenza.

8. Il rinvio al Conseil d'Etat delle c.d. questioni di droit nouvelles: i pareri in sede contenziosa per evitare incertezze e contrasti giurisprudenziali

La possibilità di richiedere al *Conseil d'Etat* un *avis contentieux* (parere) su una nuova questione di diritto è stata prevista dalla riforma del contenzioso del 1987: «avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut [...] transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'Etat, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée» (art. 12, legge 31 dicembre 1987 e *décret* n. 88-905 del 2 settembre 1988, ripresi, rispettivamente, dagli artt. L113-1 e R113-1-4 CJA).

Questa procedura permette al *Conseil d'Etat* di pronunciare su nuove questioni di diritto su richiesta dei tribunali amministrativi e delle Corti amministrative d'appello¹²⁷. Essa è innanzitutto preordinata ad assicurare l'efficace coordinamento del lavoro dei giudici amministrativi ed a prevenire possibili impugnazioni delle decisioni adottate. Sotto questo profilo l'autorità degli *avis* del *Conseil d'Etat* è stata, più di recente, rinforzata consentendo ai giudici amministrativi di pronunciare mediante ordinar-

¹²⁴ CE, 11 maggio 1956, *Compagnie du transport en commun de la région de Douai*, cit.

¹²⁵ CE, 28 gennaio 1966, *Société La Purfina française*, R. p. 68; CE, 8 gennaio 1971, *Dames Clémentine et Kapferer*, R. p. 27.

¹²⁶ CE, 13 dicembre 1911, *Lorin*, R. p. 1180.

¹²⁷ La rimessione della decisione su una nuova questione di diritto al *Conseil d'Etat* comporta la sospensione del giudizio *a quo* da parte dello stesso giudice amministrativo. L'atto di rimessione al *Conseil d'Etat* è notificato alle parti, ma non è suscettibile di alcuna opposizione. L'*avis* del *Conseil d'Etat* è notificato al giudice del rinvio, alle parti e al ministro competente (art. R113-4 CJA).

za sui ricorsi il cui oggetto sia costituito da questioni identiche a quelle già sottoposte all'esame del *Conseil d'Etat* e oggetto di uno specifico *avis* (c.d. ricorsi in serie) (*décret* del 28 giugno 2005; art. R122-12 e R122-1 *CJA*).

La decisione del *Conseil d'Etat*, secondo un orientamento consolidato, benché pronunciata nell'ambito di una procedura giustiziale, costituisce «en réalité une mesure d'administration de la justice», inidonea come tale ad acquisire l'autorità di cosa giudicata¹²⁸. Sotto questo ultimo profilo, è inoltre da ricordare come la pronuncia del *Conseil d'Etat* in forma di *avis* – per quanto autorevole – garantisca comunque l'autonomia dello stesso giudice *a quo*, la cui decisione è libera di conformarsi o meno all'*avis*.

9. *Il contentieux de la répression: i caratteri generali e il regime delle contraventions de grande voirie*

Nel caso del *contentieux de la répression* (o *contentieux des poursuites*) il giudice amministrativo è chiamato ad esercitare il potere sanzionatorio: oltre a quello disciplinare, esso comprende il contenzioso relativo alle *contraventions de grande voirie* poste a tutela del demanio pubblico¹²⁹. Benché parte del *contentieux administratif*, esso va tenuto distinto dal contenzioso sui *recours*, in particolare sotto il profilo del regime applicabile, caratterizzato dai «principes fondamentaux de la répression pénale» quali risultano dall'art. 8 della Dichiarazione del 1789 e dal *Code penal*.

Il contenzioso disciplinare appartiene al *contentieux de la répression* laddove al giudice sia attribuita la titolarità del potere disciplinare generale come nel caso dei pubblici impiegati e del personale che beneficia di garanzie speciali (ad esempio, il personale insegnante)¹³⁰.

La specificità del contenzioso sulle *contraventions de grande voirie* è data (a) dall'oggetto (b) dai soggetti e (c) dalle cause d'esonero (la forza maggiore e la colpa dell'amministrazione costitutiva di un fatto di forza maggiore)¹³¹.

Quanto all'oggetto, le infrazioni consistono in un fatto materiale idoneo a pregiudicare la conservazione del demanio pubblico oppure l'uso al quale esso è destinato, senza riguardo all'elemento soggettivo della colpa o

¹²⁸ CE, 7 luglio 2000, *Clinique chirurgicale du Coudon*, R. p. 313; CE Sect., 22 novembre 2000, *Soc. L & P Publicité Sarl*, R. p. 525, concl. S. Austray.

¹²⁹ CE Sect. (*avis art. 12*), 23 aprile 1997, *Prefet de la Manche*, in *RFDA*, 1997, p. 658.

¹³⁰ CAA Lyon, 6 luglio 1995, *La Poste*, in *AJDA*, 2005, p. 1407, concl. E. Kolbert.

¹³¹ Sul contenzioso relativo alle *contraventions de grande voirie*, cfr. M. Waline, *Les contraventions de grande voirie ont-elles le caractère d'une infraction pénale?*, in *RDP*, 1968, p. 175; J.-M. Perret, *Les contraventions de grande voirie*, Paris, 1994; A. Kouévi, *L'obligation de poursuite en matière de contravention de grande voirie*, in *AJDA*, 2000, p. 393; F. Rolin, *Les incidences de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme sur le droit domaniale*, in *AJDA*, 2003, p. 2130.

della negligenza dell'autore dell'atto: si può trattare semplicemente di uno sconfinamento sul demanio pubblico, come nel caso in cui sia realizzata una costruzione sul suolo pubblico in assenza di qualsiasi autorizzazione; oppure di semplice degrado del demanio pubblico o di una sua utilizzazione non autorizzata; o, ancora, dell'inosservanza di specifici regolamenti di polizia preordinati a garantirne la protezione.

I soggetti destinatari della sanzione, come tali legittimati ad agire in giudizio, possono essere sia persone fisiche che giuridiche (ad esempio, gli enti territoriali locali). Ai fini della individuazione dei soggetti legittimati a contestare la sanzione, deve inoltre essere ricordato che la sanzione si applica non soltanto all'autore diretto dell'azione o per conto del quale l'azione è stata posta in essere, ma anche a colui che con il suo comportamento ha consentito la produzione del pregiudizio, ad esempio nell'ipotesi di mancata o negligenza custodia¹³².

La procedura concernente le *contraventions de grande voirie* comprende tre fasi: la contestazione dell'infrazione mediante la notificazione del relativo verbale, l'azione di infrazione promossa dall'autorità amministrativa competente, la condanna pronunciata dal giudice amministrativo.

La contestazione dell'infrazione può essere compiuta soltanto da specifiche autorità (*maires*, commissario di polizia giudiziaria). Mentre è attribuito unicamente al Prefetto il potere di promuovere l'azione di infrazione (*poursuite*) mediante la presentazione del processo verbale al tribunale amministrativo competente¹³³. Il soggetto interessato dispone di 15 giorni per depositare gli atti difensivi. Il giudizio ha natura inquisitoria: invero, allorché i fatti contestati nel verbale non costituiscano alcuna infrazione in ragione delle norme sulle quali l'azione è fondata, il giudice può, anche d'ufficio, valutare se quegli stessi fatti costituiscano violazione di altre disposizioni normative.

Il giudice amministrativo competente a sanzionare la *contraventions de grande voirie* pronuncia normalmente una sentenza di condanna: al pagamento di un'ammenda, al ripristino della situazione *ex ante* e al versamento delle spese processuali¹³⁴.

¹³² CE, 27 febbraio 1998, *Sogeba*, in *RFDA*, 1998, p. 459; CE Sect., 5 luglio 2000, *Chevallier*, in *AJDA*, 2000, p. 800, chron. M. Guyomar e P. Collin; in *RDP*, 2001, p. 382, obs. C. Guettier.

¹³³ Il Prefetto deve notificare una copia del processo verbale al soggetto che ha commesso l'infrazione, nel termine perentorio di dieci giorni successivi alla sua redazione con citazione a comparire davanti al tribunale amministrativo nel termine di un mese.

¹³⁴ Sul carattere misto (civile e penale) del regime applicabile alle *contraventions de grande voirie* e sulla loro qualificazione, cfr. CE, 22 giugno 1987, *Rognant*, in *AJDA*, 1988, p. 60, obs. X. Prétot; CC, 23 settembre 1987, *Articles L69-1, Code P et T*, in *AJDA*, 1988, p. 60; in *RFDA*, 1988, p. 273, note B. Genevois.

10. *L'ampliamento dei poteri del giudice amministrativo quale giudice monocratico dell'urgenza: le misure provvisorie e le misure d'urgenza*

Un carattere costante della evoluzione generale di tutti i sistemi di giurisdizione amministrativa è costituito dall'incremento dei poteri del giudice in materia di misure provvisorie e d'urgenza che hanno quale propria finalità quella di garantire la posizione dei soggetti coinvolti nella controversia, in attesa della pronuncia nel giudizio principale di legittimità o di merito, e di precludere il tentativo di far giocare al trascorrere del tempo un ruolo determinante. Questa evoluzione, seppure comune, presenta tuttavia caratteri diversi in relazione alle diverse esperienze con riferimento innanzitutto ai differenti punti di partenza.

Fintantoché la giustizia amministrativa ha avuto come scopo – più o meno esplicitamente riconosciuto – di assicurare il rispetto della legge da parte dell'autorità amministrativa (c.d. contenzioso di diritto oggettivo), la posizione del ricorrente era del tutto strumentale a questa esigenza, cosicché gli eventuali mutamenti intercorsi nel periodo compreso tra l'introduzione del giudizio e la pronuncia della sentenza apparivano per lo più un riflesso dell'interesse pubblico. Al centro del sistema non era posta la situazione giuridica soggettiva, ma la conformità alla legge dell'azione amministrativa. L'eventuale questione della sospensione degli effetti del provvedimento impugnato era posta unicamente in quei casi in cui la sua esecuzione poteva compromettere o pregiudicare l'interesse pubblico e non il mero interesse individuale.

La prospettiva muta nel momento in cui si produce il mutamento della funzione essenziale (seppure non esclusiva) della giustizia amministrativa che diventa quella di proteggere il soggetto privato contro l'esercizio illegittimo del potere autoritario dell'amministrazione pubblica, esigenza sempre più rilevante soprattutto in tempi più recenti, in ragione dell'influenza dell'ordinamento comunitario e della giurisprudenza sia della Corte di giustizia delle Comunità Europee che della Corte europea dei diritti dell'uomo. Un mutamento che ha caratterizzato, anche se in epoche diverse, tutti i sistemi di giustizia amministrativa e che ha riguardato (a) il profilo della sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo attraverso strumenti processuali in grado di garantire forme di tutela cautelare e (b) quello dei procedimenti d'urgenza e a cognizione sommaria.

La riforma francese contenuta nella legge n. 2000-597 del 30 giugno 2000 costituisce un approdo fortemente avanzato rispetto a gran parte degli assetti in materia di tutela cautelare e d'urgenza previsti negli ordinamenti europei. Essa non solo ha costituito la figura del giudice amministrativo monocratico in sede cautelare, ma ha definito un quadro di strumenti cautelari che ampliano sensibilmente i poteri del giudice di adottare, con la massima sollecitudine, quei provvedimenti (provvisori) idonei a riparare la violazione denunciata o ad impedire che siano causati ulteriori danni al soggetto ricorrente, attraverso l'adeguato bilanciamento dei diversi interessi (pubblici e privati) coinvolti e la proporzionalità della misura adottata.

In termini sistematici l'esame di questo processo evolutivo testimonia come al superamento dell'obbligatorietà del ricorso amministrativo preliminare, legato alla eliminazione di qualunque ostacolo all'accesso alla tutela giurisdizionale, sia stata legata la ricerca di strumenti idonei a rafforzare la garanzie del cittadino in termini di efficacia ed effettività della tutela intesa sia sotto il profilo della celerità del giudizio, sia della capacità del processo di «dare per quanto possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha il diritto di conseguire» secondo il diritto sostanziale (G. Chiovenda).

Si tratta peraltro di una evoluzione molto recente: invero l'ordinamento francese, all'indomani del 1945, non ha avvertito il bisogno di riformare le sue istituzioni processuali e ha conservato un modello incardinato sul principio tradizionale secondo il quale un provvedimento amministrativo produce i propri effetti fintantoché non venga annullato dal giudice (o ritirato dall'amministrazione). L'*ordonnance* del 31 luglio 1945 sul *Conseil d'Etat* ribadiva che il *r.e.p.* non aveva alcun effetto sospensivo e autorizzava unicamente il giudice ad ordinare il rinvio dell'esecuzione del provvedimento impugnato, ossia ad ingiungere all'amministrazione di non eseguire il proprio provvedimento in presenza di due presupposti: quando (a) i motivi dell'invocato annullamento fossero apparsi molto seri e (b) l'esecuzione avesse avuto delle conseguenze irreparabili per l'interesse pubblico o per quello privato. Un potere, comunque, esercitato sempre con molta reticenza e parsimonia e la cui concreta applicazione ha iniziato a mutare soltanto con il mutamento dell'idea di giustizia amministrativa, non più unicamente legata al controllo della legalità dell'azione amministrativa, ma destinata anche a proteggere le situazioni giuridiche dei soggetti interessati.

La legge n. 2000-597 muta completamente questo panorama con l'introduzione di sei procedure di *référé* – tra cui il *référé-suspension* – che modificano profondamente il rapporto tra l'amministrazione e il ricorrente all'avvio del processo, nonché la distribuzione, almeno in parte, della stessa giurisdizione in ordine ai diritti fondamentali. La protezione del soggetto privato nell'ambito del contenzioso amministrativo è stata considerevolmente rafforzata in termini di effettività, soprattutto con riferimento ai possibili effetti negativi legati alla durata del processo. Adesso, se il giudice accerta una situazione d'urgenza, può decidere di sospendere l'esecuzione del provvedimento amministrativo impugnato e, laddove accerti che è in gioco una *liberté fondamentale*, può analogamente adottare qualsiasi misura di salvaguardia.

Soprattutto la previsione del *référé-liberté*, che consente di adire il giudice in via principale, senza l'introduzione del preliminare o contestuale ricorso principale, permette ormai al giudice amministrativo francese di disporre di poteri d'ingiunzione assai più estesi di quelli di cui dispone il giudice civile allorché è adito nell'ambito dei rimedi avverso la *voie de fait*. Invero, mentre in quest'ultimo caso, il giudice civile dispone della giurisdizione unicamente nel caso di un attentato grave ad una libertà o di una

irregolarità manifesta¹³⁵, il giudice amministrativo dispone di un potere d'ingiunzione che gli consente di agire efficacemente ogni qual volta sia in discussione una libertà fondamentale. Talché pare mutare la stessa relazione tra giudice amministrativo e amministrazione pubblica in ragione del fatto che il primo dispone ormai di un generale potere di indirizzare ordini alla seconda, nell'ambito di una procedura rapida incardinata presso un giudice unico che, in presenza dei presupposti di legge, dispone di un potere sostanzialmente illimitato.

11. *Le procédures de référés: tipologia e caratteri generali*

La procedura di *référé*, tipica del processo civile, non era del tutto sconosciuta nel *contentieux administratif* prima del 2000, ma la sua applicazione era circoscritta e finalizzata a consentire al giudice – in presenza di situazioni d'urgenza – di richiedere eventuali perizie/verificazioni, di ottenere la comunicazione/produzione di documenti amministrativi e di ordinare misure di sgombero degli occupanti di beni appartenenti al pubblico demanio.

Le ragioni strutturali all'origine della legge n. 2000-597 del 30 giugno 2000 con la quale è stata riformata l'intera materia dei *référés* davanti alla giurisdizione amministrativa e, per converso, abrogate le norme in materia di «*sursis à exécution de droit commun*» (art. 1, legge ult., cit.), sono essenzialmente due.

La prima è costituita dalla necessità di garantire l'effettività della tutela finale quale componente imprescindibile dell'equo processo *ex art. 6, co. 1, CEDU*, che richiede, tra l'altro, che il giudice amministrativo disponga degli strumenti giuridici che gli consentano di impedire, fino alla decisione di merito, la produzione di conseguenze irreparabili legate all'esecuzione della decisione amministrativa. La seconda, più specifica, è costituita dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee che, nel campo di applicazione del diritto comunitario, ha affermato la necessità per il giudice nazionale di disporre dei poteri necessari ad ordinare, in presenza dell'urgenza e del *fumus boni iuris*, le misure provvisorie idonee a garantire il pieno risultato utile del processo¹³⁶.

Il *contentieux administratif* contempla adesso – nell'ambito di un modello processuale unitario costituito dal *référé* – una pluralità di proce-

¹³⁵ In proposito il *Tribunal des conflits* ha affermato che il giudice civile dispone della giurisdizione nei confronti dell'amministrazione pubblica nel caso di un «*exécution forcée dans des conditions irrégulières portant une atteinte grave au droit de propriété ou à une liberté*» ovvero «*insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à une autorité administrative*» (TC, 19 novembre 2001, *Mlle Mohammed*, in *AJDA*, 2002, p. 234, note S. Petit).

¹³⁶ CGCE, 19 giugno 1990, C. 213/89, *Factortame*; CGCE, 21 febbraio 1991, C. 143/88 e C. 92/89, *Zuckerfabrick*.

ture in funzione dei differenti scopi, la cui applicazione costituisce una delle risposte alla domanda di effettività della tutela giurisdizionale offerta dal giudice amministrativo: il giudice (monocratico) del *référé* «statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire. Il n'est pas saisi du principale et se prononce dans les meilleurs délais» (art. 511-1 CJA)¹³⁷.

La riforma del 2000 introduce, dunque, nel *contentieux administratif* – generalizzando, è importante sottolineare, quanto era già previsto nel 'rito speciale' del *contentieux de l'urbanisme* – il giudice monocratico dell'urgenza, cui è attribuito il potere «d'intervenir de façon efficace toutes les fois que l'administration est susceptible de porter atteinte aux droits ou aux intérêts des administrés»¹³⁸. In termini generali, le *procédures d'urgence* sono tutte caratterizzate dal medesimo fine, quello di precludere la produzione di situazioni di fatto in grado di impedire l'efficacia esecutiva della pronuncia giurisdizionale, oppure di garantire la conservazione di una situazione di fatto, che renda possibile o meno difficile l'esecuzione della pronuncia finale del giudice e dunque, come unanimemente si esprime la dottrina francese, l'attuazione della volontà della legge¹³⁹. Sotto il profilo procedurale, tuttavia, la legge n. 2000-597 non ha prodotto l'unificazione del regime dei *référés* nel *contentieux administratif*: nell'ambito dei *référés* continuano ad essere distinte le procedure subordinate al requisito dell'urgenza da quelle che invece ne prescindono. In tal senso, la prima significativa distinzione è tra *référés d'urgence* e *référés ordinaires*.

I *référés d'urgence* – incardinati davanti al giudice unico amministrativo «statuant en urgence» (art. L521-1/3 CJA) – sono costituiti dal *référé-suspension* (che sostituisce la procedura del rinvio dell'esecuzione delle decisioni amministrative), dal *référé-conservatoire* e dal *référé-liberté*. I

¹³⁷ In proposito, cfr. R. Chapus, *Le juge administratif face à l'urgence* (1985), adesso in Id., *L'administration et son juge*, Paris, 1999, p. 283; O. Dugrip, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administrative*, Paris, 1991; Y. Gaudemet, *Les procédures d'urgence dans le contentieux administrative*, in *RFDA*, 1988, p. 420; A. Guihal, *L'amélioration des procédures d'urgence devant le tribunal administratif*, in *RFDA*, 1991, p. 812; D. Richer, *La procédure contradictoire et le commissaire de gouvernement*, in *RFDA*, 2001, p. 320; O. Dugrip, *Les procédures d'urgence: l'économie générale de la réforme*, in *RFDA*, 2002, p. 245; L. Richer, *L'instance de référé d'urgence*, in *RFDA*, 2002, p. 269.

¹³⁸ O. Dugrip, *Les procédures d'urgence: l'économie générale de la réforme*, in *RFDA*, 2002, p. 247.

¹³⁹ Secondo la prevalente classificazione (R. Chapus), le misure cautelari in senso stretto comprenderebbero le procedure effettivamente destinate a permettere al giudice di adottare, immediatamente o nel termine più breve, le misure provvisorie giustificate dall'esistenza di una situazione d'urgenza, ossia dalla necessità di prevenire una situazione di pregiudizio imminente ed irreparabile. I provvedimenti d'urgenza comprenderebbero, invece, le procedure mediante le quali il giudice può prescrivere misure di buona amministrazione della giustizia da adottare in maniera rapida, come se il loro intervento fosse urgente, sulla base del solo criterio della idoneità ad assicurare provvisoriamente gli effetti delle decisione finale.

primi due sono preordinati ad assicurare l'efficacia della decisione finale, mentre il terzo costituisce una novità assoluta ed è destinato ad impedire, in via immediata, qualsiasi attentato o minaccia, manifestamente illegale, da parte dell'amministrazione pubblica ad una libertà fondamentale, tra le quali è ricompreso lo stesso il diritto di proprietà. I *référé ordinaires* differiscono dai primi perché la concessione delle relative misure non è subordinata ad alcuna situazione d'urgenza. Essi sono costituiti dalle misure dirette a constatare una situazione di fatto (*référé-constat*), ad ottenere una misura istruttoria (*référé-instruction*) ed a conseguire una misura provvisoria in relazione ad un credito non seriamente contestabile (*référé-provision*).

Sotto un diverso profilo, più strettamente processuale, debbono essere tenuti distinti i *référé* autonomi – che possono essere presentati senza necessità di introdurre preliminarmente o contestualmente un giudizio di merito – dai *référé* incidentali che, viceversa, presuppongono la pregiudiziale o contestuale instaurazione del giudizio principale. A questa seconda categoria appartiene il solo *référé-suspension*, tutti gli altri appartengono alla prima, talché la richiesta del provvedimento principale non costituisce una condizione di proponibilità della domanda cautelare.

Infine possono essere distinti i *référé* atipici dai *référé* tipici. I primi sono costituiti dal *référé-suspension*, dal *référé-liberté*, dal *référé-conservatoire*, dal *référé-constat*, dal *référé-instruction* e dal *référé-provision*. I secondi sono rappresentati, principalmente, dal *référé-précontractuel* e dal *référé-contractuel*, dal *référé-fiscal* e dal *référé-communication*, ai quali sono poi da aggiungere un'altra dozzina di procedure speciali di sospensione di specifici atti amministrativi.

In questo contesto di forte incremento delle procedure d'urgenza, è da segnalare come alcune di esse – in particolare il *référé-précontractuel* e quelli in materia di provvedimenti di espulsione (cfr. *infra* §§ 16.1 s.) – benché siano costruite come giudizi di *référé*, in realtà non ne presentano i caratteri propri. Questi paiono, piuttosto, configurare dei veri e propri giudizi in via principale la cui decisione finale è costituita da una nuova categoria di provvedimenti giurisdizionali definitivi adottati sul presupposto di una cognizione soltanto parziale e la cui provvisorietà non è in alcun modo connessa con le regole che disciplinano la cognizione del giudice.

Quanto ai caratteri strutturali, il giudice del *référé* è il giudice monocratico (presidente del Tribunale amministrativo o della Corte amministrativa d'appello oppure presidente della sezione contenziosa del *Conseil d'Etat* o loro delegati) (art. L511-2 *CJA*) e la sua pronuncia assume la forma dell'ordinanza, adeguatamente motivata¹⁴⁰. Le procedure di

¹⁴⁰ CE, 19 agosto 2002 (ord.), *Front National*, in *AJDA*, 2002, p. 1017; CE, 8 novembre 2002 (ord.), *Soc. Tiscali Telecom*, in *AJDA*, 2003, p. 250, note T. Tuot; CE, 26 gennaio 2005, *SCI Chopin-Leturc et a.*, R. p. 1030; CE, 19 febbraio 2007 (ord.), *Priolo*, in *AJDA*, 2007, p. 458.

*référé*s possono, tuttavia, essere decise collegialmente laddove il giudice monocratico, inizialmente adito, ritenga opportuna una deliberazione collegiale (artt. L522-1 e R522-11 *CJA*). Infatti, contrariamente a quanto previsto nel processo civile, il giudice amministrativo dei *référé*s non costituisce una giurisdizione distinta, ma una semplice articolazione interna: la conseguenza principale è, quindi, la possibilità per il giudice monocratico di rinviare la decisione ad una udienza collegiale, alla quale deve prendere parte anche il *Commissaire du gouvernement* (adesso, *Rapporteur public*).

Il giudice del *référé* non giudica della questione principale: adotta una misura che presenta carattere provvisorio, pronunciata nel più breve termine possibile e con riferimento alla situazione di fatto e di diritto esistente al momento della sua decisione, in considerazione degli elementi istruttori fino a quel momento acquisiti (art. L511-1 *CJA*)¹⁴¹. Come tale, la sua decisione è sprovvista dell'autorità di cosa giudicata¹⁴² ed è per sua natura reversibile¹⁴³. Il giudice del *référé*, «saisi par toute personne intéressée» e dunque su istanza di una delle parti interessate, può in qualsiasi momento, «au vu d'un élément nouveau» – ossia in ragione della sopravvenienza di nuovi elementi di diritto ovvero del mutamento della situazione di fatto – modificare «les mesures qu'il avait ordonnées ou y mettre fin» (art. L521-4 *CJA*)¹⁴⁴, possibilità che viene meno soltanto con l'impugnazione dell'ordinanza mediante appello¹⁴⁵.

Il carattere provvisorio delle misure prescritte in sede di *référé* non esclude, peraltro, la loro immediata esecuzione ed il loro effetto durevole nel tempo se questo è giustificato dalla protezione richiesta. La provvisorietà della misura impedisce soltanto che esse possano comportare una irreversibile modificazione della situazione di diritto e di fatto¹⁴⁶.

¹⁴¹ CE, 10 marzo 2007, *Ministre de l'économie et des finances*, in *AJDA*, 2007, p. 2044, concl. L. Vallée. In proposito, cfr. C. Broyelle, *Les mesures ordonnées en référé*, in *RFDA*, 2007, p. 73.

¹⁴² La mancanza dell'autorità di cosa giudicata della pronuncia resa in sede di *référé* è da sottolineare proprio perché costituisce la giustificazione dell'inoperatività dei rilievi fondati sulla violazione dell'art. 6 CEDU in quanto essa non risolve alcuna «causa» in senso proprio: CE Sect., 28 febbraio 2001, *Casanovas*, in *RFDA*, 2001, p. 399, concl. Chauvaux.

¹⁴³ CE, 1 giugno 2007, *Syndicat CFDT Interco*, in *AJDA*, 2007, p. 1237, chron. J. Boucher e F. Lenica.

¹⁴⁴ In proposito, cfr. P. Cassia, *Le référé-réexamen devant le juge administratif*, in *JCP*, 2003, I, n. 151.

¹⁴⁵ Sulla assenza, in sede di appello, di limiti alla *reformatio in pejus* della misura impugnata: CE Sect., 5 novembre 2003, *Assoc. convention vie et nature pour une écologie radicale*, in *RFDA*, 2004, p. 601, concl. F. Lamy.

¹⁴⁶ CE, 20 ottobre 2004, *cons. Jaboulet*, R. p. 824. In dottrina, cfr. B. Plessix, *Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé*, in *RFDA*, 2007, p. 76.

12. Le regole procedurali comuni ai differenti *référés*

Il dato comune del regime procedurale dei *référés* è costituito dal carattere semplificato della procedura ordinaria con lo scopo di consentire al giudice di pervenire il più rapidamente possibile alla pronuncia della misura provvisoria.

La procedura di *référé* è introdotta con ricorso scritto contenente l'indicazione del ricorrente, del suo difensore, dell'oggetto della domanda e delle conclusioni. L'assistenza dell'avvocato è obbligatoria soltanto nel caso in cui la sua presenza sia necessariamente prevista nel giudizio di merito e – eccetto l'ipotesi del *référé-suspension* – l'introduzione del *référé* non è subordinata all'obbligo della *décision préalable* (artt. L521-3 e R531-1 e R532-1) anche nel caso in cui quest'ultima sia prevista come obbligatoria dalla procedura ordinaria¹⁴⁷. Inoltre, nell'ambito del *contentieux de l'urbanisme*, la giurisprudenza ha escluso l'obbligo di notificazione dell'atto introduttivo all'amministrazione che ha adottato il provvedimento impugnato e ai controinteressati¹⁴⁸.

La proposizione dei *référés* è subordinata all'esistenza di tre condizioni comuni: (a) una decisione o un comportamento dell'amministrazione che incida in modo sfavorevole («*faisant grief*») nella sfera giuridica dell'interessato; (b) una situazione contenziosa o precontenziosa: l'intervento del giudice del *référé* presuppone l'esistenza di una lite esistente ed attuale anche se non è necessaria la pendenza di un giudizio; (c) le misure richieste devono essere misure utili ossia idonee a salvaguardare o a proteggere un diritto dell'interessato. A queste tre condizioni, se ne aggiunge una quarta nel caso dei *référés d'urgence*: (d) la situazione d'urgenza, allegata dal ricorrente e la cui valutazione è rimessa all'apprezzamento autonomo del giudice¹⁴⁹, da compiere con riferimento all'epoca del giudizio e non al momento dell'introduzione del ricorso. Secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, l'urgenza appare integrata in tutti quei casi in cui la modificazione della situazione esistente al momento della pronuncia riveste per gli interessi del ricorrente un carattere difficilmente reversibile ed è realizzata allorché «*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*»¹⁵⁰.

Al fine di limitare l'uso pretestuoso delle procedure di *référé*, è prevista una sorta di filtro delle istanze (art. L522-3 *CJA*): il ricorso *en référé* può

¹⁴⁷ CAA Bordeaux, 18 novembre 2003, *Ribot*, in *RFDA*, 2004, p. 93, concl. J.-L. Rey.

¹⁴⁸ CE, 21 giugno 2002, *Assoc. seine-et-marnaise pour la sauvegarde de la nature*, R. p. 837. Sull'istanza, cfr. L. Richer, *L'instance de référé d'urgence*, in *RFDA*, 2002, p. 269.

¹⁴⁹ CE, 22 agosto 2002, *Synd. Des pharmaciens du Lot et a.*, in *AJDA*, 2002, p. 1190.

¹⁵⁰ CE Sect., 19 gennaio 2001, *Confédération National des radios libres*, in *AJDA*, 2001, p. 150.

essere respinto mediante un'ordinanza motivata resa in camera di consiglio¹⁵¹ – dunque in assenza di una preliminare fase istruttoria in contraddittorio e senza fissazione di alcuna udienza pubblica – quando: (a) il presupposto dell'urgenza sia assente nei casi di *référé en urgence*, oppure (b) il ricorso sia manifestamente irricevibile, infondato oppure riguardi una materia estranea alla giurisdizione del giudice amministrativo. In quest'ultimo caso il giudice non ha alcun obbligo di comunicare le conclusioni del ricorrente alla controparte. L'ordinanza di rigetto senza istruttoria preliminare è impugnabile unicamente mediante ricorso in cassazione davanti al *Conseil d'Etat*.

Il giudice del *référé* decide al termine di una procedura (orale, scritta o in parte orale e in parte scritta) la cui fase istruttoria è incardinata sul principio del contraddittorio anche in caso di *référés d'urgence* (art. L522-1 *CJA*): «l'instruction des affaires est contradictoire. Les exigences de la contradiction sont adaptés à celles de l'urgence» (art. L5 *CJA*). Nel caso del *référé-suspension* e del *référé-liberté* il giudice deve convocare le parti all'udienza pubblica¹⁵².

Le esigenze legate al contraddittorio non possono, peraltro, pregiudicare la celerità della decisione: il *référé-liberté* deve essere deciso entro 48 ore, il *référé-suspension* e il *référé-conservatoire* debbono essere decisi «dans les meilleurs délais». L'esigenza di celerità è ribadita (a) dalla dispensa delle conclusioni del *Rapporteur public*, obbligatorie soltanto nel caso in cui il giudizio del *référé* sia deferito al collegio e (b) dalla possibilità di presentare conclusioni orali all'udienza pubblica.

Quanto al profilo dell'effettività della tutela, è previsto che la pronuncia sui *référés en urgence* sia resa esecutoria al momento della sua lettura e non a partire dalla sua notificazione.

Le misure disposte dal giudice dei *référés* possono essere molto varie con un unico denominatore comune costituito dalla necessità di provvedere in via provvisoria ad una situazione d'urgenza fino al momento del giudizio definitivo. Nei casi in cui l'amministrazione non ottemperi alla misura ordinata, può essere soltanto adito il giudice dell'esecuzione (art. L911-4 *CJA*) o quello del *référé-suspension* (art. L521-1 *CJA*).

¹⁵¹ CE, 19 febbraio 1965, *Souris*, in *AJDA*, 1965, p. 172, obs. B.P.; CE, 17 novembre 1972, *Soc. des grands travaux alpins*, in *AJDA*, 1973, p. 47.

¹⁵² È tuttavia escluso che il giudice abbia l'obbligo di comunicare al ricorrente le osservazioni difensive della parte avversaria, che sembrano unicamente preordinate a chiarire al giudice i fatti della lite e come tali possono essere sottratte a qualsiasi discussione in contraddittorio tra le parti: CE, 22 marzo 1999, *Soudain*, in *RFDA*, 1999, p. 686; CE, 6 aprile 2001, *Dervin*, R. p. 1137. Analogamente per le memorie degli intervenienti: CAA Bordeaux, 28 maggio 1991, *Union techn. Elf Générale de chauffage*, in *RFDA*, 1992, p. 650, obs. L. Fernandez-Maublanc e J.-P. Maublanc; CAA Marseille, 4 dicembre 1997, *Soc. not. De construction Quillery*, in *RFDA*, 1998, p. 1114, obs. J.-P. Négrin. In argomento, cfr. L. Erstein, *Instruction des référés*, in *RFDA*, 2007, p. 64.

Quanto ai mezzi di impugnazione, devono essere tenuti distinti i *référés d'urgence* dai *référés ordinaires*. Con riferimento al *référé-suspension* e al *référé-conservatoire* è ammesso unicamente l'impugnazione mediante ricorso in cassazione davanti al *Conseil d'Etat* entro quindici giorni dalla notificazione dell'ordinanza; mentre nei confronti dell'ordinanza di accoglimento resa nell'ambito del *référé-liberté* è possibile l'appello proposto direttamente davanti al *Conseil d'Etat*. Nel caso in cui l'amministrazione non si sia, deliberatamente, conformata all'ordinanza resa in sede di *référé* non può richiederne l'annullamento mediante ricorso in cassazione.

Nel caso dei *référés ordinaires* è esperibile l'appello davanti alla *Cour administrative d'appel* nel termine di quindici giorni decorrente dalla pronuncia dell'ordinanza. L'appello non sospende l'esecuzione dell'ordinanza: la sua sospensione può essere tuttavia disposta dal presidente della *Cour administrative d'appel*. L'ordinanza resa in appello è impugnabile, nei quindi giorni successivi, mediante il ricorso in cassazione davanti al *Conseil d'Etat*: nel caso di annullamento dell'ordinanza, il *Conseil d'Etat* decide direttamente sull'istanza di *référé*.

13. I *référés d'urgence*

I *référés d'urgence* sono tre: *référé liberté*, *référé-suspension* e *référé-conservatoire*.

Il primo costituisce una novità assoluta nell'ambito del *contentieux administratif*: vero e proprio rito speciale, preordinato all'adozione delle «mesures nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale» (art. L521-2 *CJA*). Il *référé-suspension* e il *référé-conservatoire* invece erano in parte già contemplati dall'ordinamento: il primo è finalizzato ad ottenere la necessaria sospensione dell'esecuzione delle decisioni amministrative (art. L521-1 *CJA*), il secondo è destinato a conservare certi diritti e interessi (art. L 521-3 *CJA*).

Di seguito verranno esaminati il *référé-suspension* e il *référé-liberté*.

13.1 La tutela cautelare mediante *référé-suspension*

Il *référé-suspension* (legge n. 2000-597 del 30 giugno 2000) sostituisce il rinvio dell'esecuzione delle decisioni amministrative, la cui origine si confonde con quella della stessa giurisdizione amministrativa essendo legata al carattere esecutivo delle decisioni amministrative, «règle fondamentale de droit public»¹⁵³, e al conseguente principio dell'effetto non sospensivo del *recours en annulation*: «le recours au Conseil d'Etat n'au-

¹⁵³ CE Ass., 2 luglio 1982, *Huglo et autres*, in *AJDA*, 1982, p. 657, concl. J. Biancarelli, note B. Lukaszewicz.

ra point d'effet suspensif, s'il n'en est autrement ordonné» (art. 3, *décret* 22 luglio 1806). Il suo intervento ha inteso, per un verso, porre rimedio al carattere restrittivo («*exceptionnel*» secondo il precedente art. R96 del *Code des tribunaux administratifs* del 1973) che connotava la concessione del rinvio dell'esecuzione («*sursis à exécution*») e, per l'altro, ovviare alla lentezza procedurale del relativo giudizio.

Adesso l'art. L521-1 *CJA* dispone che «quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait Etat d'un moyen propre à créer, en l'Etat de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision. Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision»¹⁵⁴.

La ricevibilità/proponibilità del *référé-suspension* è subordinata alla (a) esistenza di una decisione amministrativa e alla (b) pendenza di un *recours en annulation* o *en réformation*.

Con riferimento al primo profilo, il *référé-suspension* ha necessariamente per oggetto una decisione amministrativa, positiva o negativa¹⁵⁵, ed è pertanto irricevibile nel caso in cui sia richiesta la sospensione di un comportamento o di un'attività, ancorché il ricorso principale abbia per oggetto il risarcimento delle conseguenze dannose del comportamento o dell'attività¹⁵⁶. Dopo la riforma del 2000, può essere disposta anche la sospensione di una decisione di diniego, una soluzione in totale contrasto con la giurisprudenza anteriore che ammetteva la sospensione dell'atto negativo soltanto in casi eccezionali¹⁵⁷. Quanto alla seconda condizione, l'istanza di sospensione è ricevibile nei soli casi in cui sia legata al ricorso principale con il quale venga richiesto l'annullamento o la riforma delle

¹⁵⁴ Sul *référé-suspension*, cfr. S. Ovreney, *Le référé suspension et le pouvoir de régulation du juge*, in *AJDA*, 2001, p. 714; V. Ogier-Bernaud, *Le référé-suspension et la condition d'urgence*, in *RFDA*, 2002, p. 284; R. Vandermeeren, *Le référé-suspension*, in *RFDA*, 2002, p. 250; J. Raymond, *L'urgence, condition essentielle du référé-suspension*, in *JCP Adm.*, 2003, n. 1935; Id., *Le rôle de l'audience dans la procédure du référé-suspension*, in *JCP Adm.*, 2005, n. 1054.

¹⁵⁵ Sotto questo profilo, la riforma del 2000 ha segnato un indubbio progresso tenuto conto che in precedenza il rinvio dell'esecuzione era applicabile unicamente alle decisioni costitutive e come tali in grado di modificare l'assetto giuridico preesistente.

¹⁵⁶ CE, 3 marzo 1976, *Etabl. Vissol-Giraud*, in *RDP*, 1976, p. 1375. Nel caso in cui sia stato proposto *recours en déclaration d'inexistence*, è stata invece ritenuto ricevibile il *référé* avverso l'atto inesistente: CE, 26 gennaio 2007, *Comm. de Neuville-sur-Escaut*, in *JCP*, 2007, I, n. 120, *chron.* B. Plessix.

¹⁵⁷ Cfr., tra le più recenti, CE Sect., 13 novembre 1987, *Min. int. c/ Tang Kam Keung*, in *RFDA*, 1988, p. 45, *concl.* Y. Schrameck.

decisione impugnata, condizione che distingue questo *référé* da tutte le altre procedure d'urgenza¹⁵⁸.

La mera introduzione del *référé-suspension* non ha alcun effetto sospensivo: l'amministrazione che nel frattempo esegua la decisione lo fa assumendo per intero il rischio di produrre un ulteriore danno all'interessato, di cui potrà essere richiesta la riparazione.

La sospensione dell'esecuzione del provvedimento amministrativo presuppone, all'epoca della pronuncia, la contestuale sussistenza di due condizioni: (a) una «urgence que le justifie» e (b) un «doute sérieux quant à la légalité de la décision» (art. 521-1 CJA)¹⁵⁹.

La sospensione – che a differenza della sentenza di annullamento non è retroattiva – produce effetti fino al momento in cui è pronunciata la sentenza che definisce il *recours* principale, salva la possibilità da parte del giudice del *référé* di predefinire la sua durata in funzione delle circostanze di specie, potendo in qualsiasi momento, «au vu d'un élément nouveau, modifier les mesures qu'il avait ordonnées au y mettre fin» (art. L521-4 CJA)¹⁶⁰.

Il giudice del *référé-suspension*, oltre a disporre la sospensione dell'esecuzione della decisione impugnata, con la medesima ordinanza può, d'ufficio o su istanza di parte, (a) determinare in via provvisoria obblighi accessori a carico dell'amministrazione in caso di sospensione di una decisione negativa, (b) richiedere all'amministrazione il riesame dell'istanza del soggetto privato nel termine prefissato, (c) adottare tutte le misure conservative necessarie, con l'ulteriore possibilità di disporre misure di

¹⁵⁸ CE, 15 maggio 2001, *Comm. de Loches*, in *RFDA*, 2001, p. 960. Peraltro l'istanza di sospensione può essere proposta anche successivamente alla introduzione del ricorso principale non essendo subordinata ad alcun termine di decadenza: CE, 26 maggio 1971, *Comm. de Gruffy*, in *AJDA*, 1971, p. 416, concl. G. Guillame, obs. A. de Laubadère. Sul rapporto tra *référé-suspension* e *recours administratif préalable*, cfr. CE Sect., 12 ottobre 2001, *Soc. Produits Roche*, in *RFDA*, 2002, p. 315, concl. P. Fombeur; in *AJDA*, 2002, p. 123, chron. M. Guyomar e P. Collin; in *RDP*, 2002, p. 773, obs. C. Guettier.

¹⁵⁹ La condizione d'urgenza deve essere apprezzata con riferimento all'esame concreto della fattispecie in funzione degli argomenti allegati dal ricorrente, dalla controparte e in ragione dell'interesse generale. L'esistenza di entrambe le condizioni deve essere motivata: sul profilo della motivazione dell'urgenza, cfr. CE Sect., 25 aprile 2001, *Assoc. des habitants du littoral du Morbihan c. Comm. de Baden*, in *RDP*, 2001, p. 765, concl. C. Guettier; in *RFDA*, 2001, p. 849, concl. F. Lamy; CE, 16 maggio 2001, *Comm. de Saint-Suliac*, in *RFDA*, 2001, p. 962; CE, 5 novembre 2001, *Comm. de Cannet-des-Maures*, in *RFDA*, 2002, p. 177. Sulla motivazione di un «doute sérieux», cfr. CE, 26 gennaio 2001, *Soc. de transports La Mouette*, in *AJDA*, 2003, p. 734, note J.-P. Markus; CE Sect., 11 luglio 2001, *Soc. Trans-Ethylène*, in *RFDA*, 2001, p. 1137; CE, 21 giugno 2006, *cons. Collignon*, in *AJDA*, 2006, p. 1806.

¹⁶⁰ CE, 23 novembre 2002, *Assoc. Alliance pour les droit de la vie*, in *AJDA*, 2002, p. 1506, concl. D. Chauvaux; CE, 26 giugno 2002, *Mme Charlois-Duméril*, in *RFDA*, 2002, p. 858.

astreinte collegate al rispetto delle suddette previsioni¹⁶¹. In materia urbanistica, tuttavia, la sospensione in sede di *référé* di una decisione amministrativa negativa o di rigetto non è mai legata all'indicazione degli atti che – anche a titolo provvisorio – possono essere eventualmente adottati dall'amministrazione¹⁶².

Al giudice del *référé-suspension* è, altresì, riconosciuto il potere di procedere – nelle ipotesi di attività vincolata – alla c.d. sostituzione dei motivi della decisione, ponendo a suo fondamento motivi giustificati in luogo di quelli inesatti¹⁶³.

13.2 Il procedimento d'urgenza a garanzia delle libertà fondamentali e del diritto di proprietà: il *référé-liberté* come forma di tutela differenziata

Il *référé-liberté* introduce nel *contentieux administratif* una vera e propria forma di tutela differenziata. Si tratta infatti di un procedimento accelerato d'urgenza, in passato del tutto sconosciuto, connesso ad un potere profondamente nuovo e tale da mettere in discussione, secondo parte della dottrina, lo stesso principio di separazione dei poteri: il riferimento è al potere di ingiunzione che in questo caso va ben al di là della mera esplicitazione degli effetti del giudicato. Invero il giudice del *référé-liberté* «saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, [...] 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» (art. L521-1 CJA)¹⁶⁴.

Il *référé-liberté* può essere introdotto in via autonoma senza necessità di alcuna *décision préalable*, né di una preventiva o contestuale presentazione di un ricorso in via principale, contro una decisione amministrativa ovvero contro un mero comportamento dell'amministrazione lesivo di

¹⁶¹ CE, 31 marzo 2003 (ord.), *Union nat. de l'apiculture frce*, in *AJDA*, 2003, p. 1388, note S. Boussard; CE, 1 febbraio 2002 (ord.), *Frehel, R.* p. 866; CE, 22 agosto 2002, *Comm. de Vallauris*, in *AJDA*, 2002, p. 1300, note P. Binczak.

¹⁶² CE, 14 ottobre 2002, *Commune du Lavandou*, in *AJDA*, 2002, p. 40, note J.-P. Markus.

¹⁶³ CE Sect., 6 febbraio 2004, *Mme Hallal*, in *AJDA*, 2004, p. 436, chron. F. Donnat e D. Casas; in *RFDA*, 2004, p. 740, concl. I. de Silva; in *RDP*, 2005, p. 530, chron. C. Guettier; CE, 14 marzo 2004, *Commune de Villasavary*, in *AJDA*, 2004, p. 1311, concl. D. Chavaux.

¹⁶⁴ G. Bachelier, *Le référé-liberté*, in *RFDA*, 2002, p. 261; F. Brenet, *La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L521-1 du CJA*, in *RDP*, 2003, p. 1535; P. Wachsmann, *L'atteinte grave à une liberté fondamentale*, in *RFDA*, 2007, p. 58; J.-L. Mestre, *La propriété, liberté fondamentale pour les Constituants de 1789*, in *RFDA*, 2004, p. 1; T. Paz, *Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté*, in *RFDA*, 2003, p. 370; J. Trémeau, *Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété*, in *AJDA*, 2003, p. 653; N. Jacquinet, *La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté, un cas à part*, in *AJDA*, 2003, p. 658.

una libertà fondamentale. Il giudice deve pronunciare sull'istanza entro il termine di 48 ore (art. L521-2 *CJA*), termine comunque indicativo, dal momento che la sua inosservanza non determina né il venir meno del potere del giudice, né la nullità dell'ordinanza successivamente adottata¹⁶⁵.

Non solo. La possibilità di adottare qualsiasi misura idonea a garantire «la sauvegarde d'une liberté fondamentale» senza alcun legame con il ricorso principale, attribuisce al giudice del *référé-liberté* un potere (ingiuntivo) innominato, teoricamente privo di qualsiasi restrizione, in grado di costituire degli obblighi immediati nella sfera giuridica dell'amministrazione che abbia attentato ad una libertà fondamentale¹⁶⁶. E il pregiudizio all'origine dell'istanza al giudice del *référé* può essere costituito tanto da un provvedimento quanto da un fatto, tanto da un'azione quanto da una omissione dell'amministrazione.

Il problema che, innanzitutto, si è posto è stato quello di delimitare il concetto di libertà fondamentale, nozione in sé estremamente fluida. Sotto questo profilo non è apparso facile né definire in maniera generale la nozione di «liberté fondamentale», né costruirne un (impossibile e improponibile) catalogo generale. Dunque, al di là del nocciolo duro costituito dalla *Dichiarazione* del 1789, il novero delle libertà fondamentali è stato precisato in virtù di un criterio sostanzialmente empirico fondato sull'interpretazione estensiva dell'art. L521-2 *CJA*¹⁶⁷. Ancorché non sia espres-

¹⁶⁵ La presentazione del *référé-liberté* non sospende automaticamente l'esecuzione della decisione che attenda ad una libertà fondamentale: la giurisprudenza ha ammesso, tuttavia, la ricevibilità dell'istanza sospensiva anche nel caso in cui questa sia richiesta a titolo di *référé-liberté*: cfr., CE Sect., 12 giugno 2002, *Comm. de Fauillet*, in *AJDA*, 2002, p. 590, chron. F. Donnart e D. Casas; in *RFDA*, 2002, p. 857.

¹⁶⁶ CE, 30 marzo 2007, *Assoc. des Témoins de Jéhovah de Lyon*, in *AJDA*, 2007, p. 1242, note S. Damarey; CE, 1 giugno 2007, *Synd. CFDT Intercos* 28, in *AJDA*, 2007, p. 1237, chron. F. Lenica e J. Boucher.

¹⁶⁷ In questo modo sono stati ricompresi nella categoria delle libertà fondamentali, tra gli altri, il principio di libera amministrazione degli enti territoriali minori (CE Sect., 18 gennaio 2001, *Comm. de Venelles et Morbelli*, in *AJDA*, 2001, p. 153, chron. M. Guyomar e P. Collin; in *RDJ*, 2002, p. 753, obs. C. Guettier); l'interesse al riesame della situazione all'origine della dichiarazione dell'*Etat d'urgence* legato agli episodi di violenza nella *banlieu* parigina dell'autunno del 2005 (CE, 9 dicembre 2005, *Mme Allouache et autres*, R. p. 562); la libera disposizione dei beni necessari all'esercizio di un culto religioso (CE, 25 agosto 2005, *Comm. de Massat*, in *AJDA*, 2006, p. 91, note P. Subra de Bieusses; CE, 16 febbraio 2004, *Benaissa*, in *AJDA*, 2004, p. 237); la libertà di riunione (CE, 19 agosto 2002, *Front national*, in *AJDA*, 2002, p. 663) e il diritto di sciopero; il rispetto della privacy in occasione di una circolare con la quale era imposto ai pubblici dipendenti di dichiarare il motivo della loro assenza in occasione di uno sciopero (CE, 27 luglio 2003, *Ministre de la jeunesse*, in *AJDA*, 2004, p. 447, note O. Grimaldi); il diritto ad una vita familiare normale in occasione di un provvedimento di espulsione (CE Sect., 30 ottobre 2001, *Mme Tliba*, in *AJDA*, 2001, p. 1094, chron. M. Guyomar e P. Collin; in *RFDA*, 2002, p. 324, concl. I. de Silva); la libertà d'impresa e quella contrattuale (CE, 12 novembre 2001, *Comm. de Montreuil-Bellay*, R. p. 551; CE, 6 giugno 2005, *Comm. de Houilles*,

samente menzionato dall'art. L521-2 CJA, il *référé-liberté* trova, inoltre, applicazione nel caso di pregiudizio arrecato al diritto di proprietà, tenuto conto che quest'ultimo è qualificato «inviolable et sacré» (Dichiarazione del 1789) e beneficia di una protezione costituzionale del medesimo ordine di quella garantita ai diritti di libertà in generale¹⁶⁸.

Oltre al presupposto del pregiudizio ad una libertà fondamentale, la proposizione del *référé-liberté* deve essere giustificata (a) dall'urgenza, (b) dalla gravità e dalla manifesta illegalità del pregiudizio arrecato a quella determinata libertà fondamentale, nonché (c) dal fatto che quello stesso pregiudizio sia comunque legato all'esercizio di un potere attribuito all'amministrazione e non, invece, ad un semplice comportamento manifestamente insuscettibile «de se rattacher à un pouvoir», ossia ad una mera *voie de fait*¹⁶⁹.

in AJDA, 2005, p. 1851, note S. Hui); e ancora, la libertà individuale che presuppone il consenso del malato per qualsiasi trattamento sanitario (CE, 16 agosto 2002, *F.*, in AJDA, 2002, p. 717 e 723), il diritto d'asilo e il diritto di sollecitare lo statuto di rifugiato (CE, 15 febbraio 2002, *Hadda*, in RFDA, 2002 p. 436). È stata, altresì, ritenuta ammissibile la proposizione del *référé-liberté* per ottenere l'ottemperanza ad una sentenza passata in giudicato nel caso in cui la sua mancata esecuzione poteva determinare il pregiudizio ad una libertà fondamentale (CE, 11 giugno 2002, *M. Aït Oubba*, in AJDA, 2002 p. 764, note L. Tavernier: nella fattispecie si trattava del ritardo nel rilascio di un permesso di soggiorno a seguito dell'annullamento di un atto di riconduzione alla frontiera). Secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale non costituisce, invece, libertà fondamentale ai sensi dell'art. 521-2 CJA: il diritto alla salute (CE, 8 settembre 2005, *Garde des Sceaux*, R. p. 388), il principio d'uguaglianza degli utenti davanti al servizio pubblico, il diritto di accedere al dottorato di ricerca (CE, 24 gennaio 2001, *Univ. Paris VII*, R. p. 37), il diritto alla locazione (CE, 3 maggio 2002, *Assoc. de réinsertion sociale du Limousine et a.*, R. p. 168), la possibilità per un ristoratore di occupare il suolo pubblico per l'installazione di una terrazza (CE, 16 settembre 2002, *EURL "La Cour des miracles"*, R. p. 314), il diritto del funzionario ad un impiego (CE, 27 giugno 2002, *Centre hospitalier général de Troyes*, R. p. 228).

¹⁶⁸ «Le droit de propriété [...] a le caractère d'une liberté fondamentale au sens de l'article L521-2 CJA» (CE, 23 marzo 2001, *Soc. Lidl*, in RFDA, 2001, p. 765; CE, 2 febbraio 2004, *Ep. Abdallah*, in RFDA, 2004, p. 772, concl. S. Boissard).

¹⁶⁹ Questa condizione esclude dunque qualsiasi competenza del giudice amministrativo per i casi in cui il fatto dell'amministrazione sia costituito di una «voie de fait» in quanto manifestamente insuscettibile di essere collegato all'esercizio di un potere amministrativo e come tale attribuito alla giurisdizione del giudice ordinario. In proposito è stato osservato che «reste à vérifier si, comme on l'a espéré, l'existence désormais du *référé-liberté* dissuadera les juges judiciaires de continuer à déborder leur compétence en acceptant d'être saisis d'affaires dont est adente l'ombre même de la voie de fait»: R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, cit., n. 1605 [p. 1441], il quale, peraltro, non manca di rilevare come sia ormai anacronistica la conservazione della competenza del giudice ordinario in punto di *voie de fait*. Sull'argomento, cfr. G. Marchesini, *L'application de l'article L522-3 dans le contentieux de la voie de fait*, in AJDA, 2005, p. 1663; M. Lombard, *Eloge de la «folle du logis»: la dialectique de la théorie de la voie de fait et du référé-liberté*, in *Mélange G. Cohen-Jonathan*, Paris, 2004, p. 1125. In giurisprudenzam cfr. CE, 2 febbraio 2004, *Ep. Abdallah*, in RFDA, 2004, p. 772, concl. S. Boissard.

Con riferimento ai profili procedurali, la proposizione del *référé-liberté* non è subordinata al ministero di un avvocato (art. L522-5 CJA). Il principio del contraddittorio che caratterizza l'intera procedura, impone al giudice di comunicare immediatamente al ricorrente le eventuali memorie difensive prodotte dalla controparte prima dell'udienza pubblica, alla quale sono convocate entrambe le parti. L'introduzione del *référé-liberté* non sospende l'esecuzione della decisione che pregiudichi una *liberté fondamentale*. La sospensione può essere domandata mediante lo stesso *référé-liberté*¹⁷⁰, oppure può essere richiesta mediante la presentazione di un autonomo *référé-suspension*.

Il giudice può adottare, con ordinanza, tutte le misure (provvisorie) necessarie alla salvaguardia della libertà fondamentale pregiudicata, di regola di carattere ingiuntivo, restando unicamente precluse quelle il cui effetto sia identico ad una misura di annullamento. Il loro carattere provvisorio deve essere ben inteso: esso non è legato al venir meno della misura adottata nel momento della pronuncia sul ricorso principale poiché la proposizione del *référé-liberté* non è subordinata alla contestuale introduzione di un ricorso principale che potrebbe anche non essere mai presentato dall'interessato. In tal senso la misura concessa in sede di *référé-liberté* ancorché (in teoria) di natura provvisoria, potrebbe diventare (in fatto) permanente. La provvisorietà della misura ordinata è piuttosto da legare al suo oggetto e ai suoi effetti e, in particolare, al carattere reversibile della situazione di fatto o di diritto che ne è a fondamento e il cui mutamento può determinare il venir meno delle ragioni che hanno portato alla sua concessione¹⁷¹.

14. I *référés ordinaires*: in particolare il *référé-provision* quale giudizio di merito sulla spettanza del credito

I *référés ordinaires* sono procedure non condizionate dall'urgenza e sono costituite dal *référé en constatation de faits* (art. R531-1 CJA), dal *référé-instruction* (art. R531-1 CJA) e dal *référé-provision*. Escluso che l'urgenza sia un presupposto per la loro introduzione, la qualificazione in termini

¹⁷⁰ CE, 27 marzo 2001, *Djalout*, in *RFDA*, 2001, p. 766; CE, 20 dicembre 2005, *Meyet*, R. p. 586; CE, 11 giugno 2002, *Ait Oubba*, in *AJDA*, 2002, p. 764, note L. Tavernier.

¹⁷¹ Con riferimento ai mezzi di impugnazione, si distingue a seconda che vi sia stata o meno un'udienza pubblica. Nel caso in cui questa abbia avuto luogo, l'ordinanza può essere impugnata mediante l'appello presentato al Presidente della sezione del contenzioso del *Conseil d'Etat* (o al consigliere delegato) e non alla Corte amministrativa d'appello. Il termine per l'appello è di 15 giorni decorrenti dalla notificazione dell'ordinanza e deve essere deciso entro 48 ore. La presentazione dell'appello non è subordinata al ministero di un avvocato. Nel caso in cui, invece, non vi sia stata alcuna udienza pubblica è possibile impugnare l'ordinanza unicamente mediante ricorso in cassazione davanti al *Conseil d'Etat*.

di *référé* rinvia alla necessità di un giudizio celere attribuito ad un giudice monocratico secondo una procedura semplificata, assistita da una fase contraddittoria abbreviata¹⁷².

In questa sede conviene soffermarsi sul *référé-provision* – introdotto nel *contentieux administratif* con il *décret* n. 88/907 del 2 settembre 1988 con riferimento, in particolare, alle materie attribuite alla *pleine juridiction* e modellato su quello previsto dall'art. 809 c.p.c. per le controversie tra soggetti privati – soprattutto per i problemi che ha sollevato circa la sua possibile configurazione quale procedura accelerata di giudizio e dunque rito speciale in senso stretto¹⁷³.

Lo scopo di questo *référé* è di consentire ad un soggetto, che pretende di essere creditore di un somma verso un'amministrazione pubblica o altro soggetto incaricato di pubblico servizio, di ottenere, mediante il ricorso al giudice, il pagamento di un acconto, eventualmente collegato alla prestazione di una garanzia nei casi in cui il credito invocato non appaia seriamente incontestabile.

L'art. R541-1 *CJA* dispone che il giudice dei *référés* può, «*même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable*». Il versamento dell'acconto può essere «subordonné à la constitution d'une garantie». In questo modo il creditore ottiene un acconto sulla somma dovuta dall'amministrazione in attesa della determinazione dell'esatto ammontare del suo credito che, sovente, richiede lo svolgimento di una procedura lunga e complessa. Non solo: nella pratica, il versamento dell'acconto pone di frequente termine al contenzioso nel frattempo insorto.

In precedenza, la ricevibilità della domanda di *provision* era subordinata alla proposizione di una «*demande au fond*» ossia di un'azione di condanna al pagamento di una somma di denaro davanti al giudice amministrativo competente. Questa condizione è stata eliminata con la riforma contenuta nel *décret* n. 2000-1115 del 22 novembre 2000 (in applicazione della legge n. 2000-597 del 30 giugno 2000). Attualmente, il *référé-provision* può essere introdotto a titolo principale oppure in via incidentale, senza necessità di essere legato ad alcuna domanda preliminare indirizzata all'amministrazione, salvo che quest'ultima sia ritenuta obbligatoria da una previsione normativa.

L'unica condizione cui è subordinata la concessione della *provision* è l'esistenza di una obbligazione «*non sérieusement contestable*», indipendentemente dalla natura della somma controversa, ancorché sia richie-

¹⁷² In proposito, cfr. J. Barthélemy, *Les référés non subordonnés à la condition d'urgence*, in *RFDA*, 2002, p. 272.

¹⁷³ In argomento, cfr. C.-A. Dubreuil, *Le référé-provision, référé administratif au fond?*, in *RFDA*, 2007, p. 1005; S. Platon, *Le référé-provision administratif: référé ou procédure de jugement rapide?*, in *Droit adm.*, 2008 (1), p. 13.

sta o meno a titolo di risarcimento, da apprezzare – con tutta evidenza – in ragione degli elementi di fatto e di diritto di cui dispone il giudice al momento della decisione, dunque tanto in ragione dei fatti allegati dal creditore che dei mezzi difensivi proposti dall'amministrazione debitrice. La sussistenza di una contestazione attorno all'obbligazione invocata non esclude, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, l'integrazione della suddetta condizione dal momento che non tutte le contestazioni sono necessariamente serie¹⁷⁴. All'opposto, l'esistenza di un motivo d'ordine pubblico, in grado di determinare la nullità del contratto, preclude che la contestazione del credito da parte dell'amministrazione possa essere apprezzata come non seria ovvero non fondata¹⁷⁵.

Sotto il profilo procedurale, in via di principio, per la presentazione del *référé-provision* è obbligatorio il ministero di un avvocato, salvo specifiche dispense, e la sua proposizione interrompe il corso del termine di prescrizione quadriennale. La procedura è retta dal principio del contraddittorio. L'istanza di *référé* deve essere immediatamente comunicata alla controparte con la fissazione del termine per la presentazione della memoria difensiva che, peraltro, non deve essere comunicata al ricorrente¹⁷⁶.

Benché sia possibile una trattazione dell'affare in udienza pubblica ed anche un rinvio al collegio, il suo svolgimento non è obbligatorio in ragione del carattere 'provvisorio' delle misure e dell'assenza di una espressa previsione normativa in proposito¹⁷⁷. Dunque, in via di principio, è competente il giudice monocratico la cui decisione interviene senza che siano assunte le conclusioni del *Rapporteur public*¹⁷⁸.

Il soggetto condannato al pagamento della *provision* può adire, nel termine di un mese decorrente dalla notificazione dell'ordinanza (o della decisione del giudice d'appello), il giudice amministrativo competen-

¹⁷⁴ CE Sect., 10 aprile 1992, *Centre hospitalier gén. D'Hyères*, in *RFDA*, 1993, p. 88, concl. D. Tabuteau.

¹⁷⁵ CE, 8 febbraio 1999, *Comm. de Cap-d'Ail*, in *AJDA*, 1999, p. 283. Analogamente è seriamente contestabile un credito fondato su una decisione illegale annullata dal giudice per vizio di forma: CE, 26 febbraio 2007, in *AJDA*, 2007, p. 501.

¹⁷⁶ In proposito, sulla conformità di siffatta previsione all'art. 6, co. 1, CEDU, cfr. CE, 5 aprile 1996, *Synd. Des avocats de France*, R. p. 118.

¹⁷⁷ CE, 22 ottobre 2002, *CH Colson*, in *AJDA*, 2003, p. 183; in *Droit adm.*, 2003, n. 49, note C.M.

¹⁷⁸ L'appello avverso l'ordinanza è proponibile nel termine di quindici giorni dalla sua notificazione; analogamente il ricorso in cassazione entro quindici giorni decorrenti dalla notificazione della decisione del giudice d'appello. Il giudice d'appello o di cassazione può disporre il rinvio dell'esecuzione (art. R. 541-6 *CJA*) allorché vi sia il rischio di una conseguenza difficilmente riparabile come, ad esempio, l'insolubilità del ricorrente a fronte dell'assenza o dell'insufficiente prestazione di garanzia.

te con la richiesta di determinare in maniera definitiva l'ammontare del credito: è questo uno dei pochi casi in cui l'amministrazione assume, in primo grado, le vesti dell'attore.

Infine è da ricordare l'estensione alle ordinanze di pagamento di una *provision* del regime del vincolo al pagamento («*contrainte au paiement*») che la legge del n. 80-539 del 16 luglio 1980 riserva alle sentenze di condanna al pagamento di una somma di denaro passate in giudicato (art. L911-9 *CJA*), al quale si aggiunge la possibilità per il giudice del *référé* di garantire l'immediato versamento della somma con una *astreinte* (art. 17, legge n. 2000-321 del 12 aprile 2000).

L'estensione del regime del «*contrainte au paiement*» contribuisce a rafforzare l'impressione che l'ordinanza resa in sede di *référé-provision* presenti taluni aspetti propri del regolamento definitivo dell'affare litigioso. Un dubbio che la dottrina francese ha legato, sotto un profilo più generale, al quesito se la dispensa dalla «*demande au fond*» abbia o meno mutato la natura stessa del *référé-provision*. Dal momento che la proposizione di una domanda di merito non è più richiesta, diventa legittimo porre l'interrogativo sul consolidamento degli effetti dell'ordinanza, la quale, sotto questo profilo e in una certa misura, finisce per sostituirsi alla decisione di merito sulla spettanza o meno del credito. Con questa precisazione: che il regime del *référé-provision* è il regime tipico delle procedure di *référés* ossia una procedura d'urgenza preordinata all'adozione di misure provvisorie, reversibili in ogni tempo (cfr. *supra* § 12).

Al di là del quesito circa la possibilità di continuare a ritenere il *référé-provision* – una volta che sia venuta meno la reversibilità della *provision* – appartenente al campo dei *référé*, non è contestabile che la potenziale irreversibilità della misura produce la costituzione di una nuova forma, in senso proprio, di tutela differenziata.

È chiaro che il carattere reversibile della decisione adottata in sede di *référé-provision* non viene meno nel caso in cui il giudice respinga la domanda di *provision*: in questo caso l'apprezzamento del giudice riguarda l'esistenza di un credito seriamente contestabile. Esso non dice nulla in ordine alla esistenza o meno del credito, si limita a dichiarare che la sua esistenza non s'impone con l'evidenza – e in ragione degli elementi di diritto e di fatto – richiesti dalla procedura di *référé*.

Più delicato è il caso in cui il giudice conceda la *provision*: in questo caso il giudice può accertare – si badi bene, nell'ambito della procedura d'urgenza – l'esistenza di un credito al di là ogni ragionevole dubbio. In tal caso la sua decisione non solo assume un carattere più solido, ma questa decisione è in grado, per sua stessa natura, di pregiudicare l'eventuale futuro giudizio di merito, di «*préjudicier au principal*». Di più: nel caso in cui il creditore non abbia proposto un'azione di merito secondo le condizioni di diritto comune, la «*provision*» determinata dal giudice del *référé* diventa definitiva ed acquista piena efficacia di giudicato alla scadenza del termine (due mesi) assegnato all'amministrazione debitrice per richiedere la determinazione definitiva del suo debito. Di conseguenza, salvo il caso

in cui l'ordinanza sia stata impugnata, la somma provvisoria accordata dal giudice del *référé* al creditore non potrà più essere oggetto di alcuna contestazione¹⁷⁹.

Il giudice del *référé* sembra dunque non soltanto anticipare il giudizio di merito, ma assumere il ruolo di vero e proprio giudice speciale di merito: «il est en effet clair que le juge ne peut pas accorder une provision sans avoir pris parti sur l'existence de la dette. Sans doute la mesure est-elle 'provisoire' en ce sens qu'un reversement est concevable si les débats ultérieurs conduisent à évaluer la somme due à un montant inférieur a celui de la provision: mais le juge des référés n'en aura pas moins tranché du principe de la responsabilité»¹⁸⁰.

La consolidata giurisprudenza fonda la distinzione tra giudizio in sede di *référés* e giudizio principale sul concetto di «evidenza», in modo tale da consentire anche al giudice dei *référés* di pronunciarsi nel merito della controversia, ma soltanto a condizione che ciò non presupponga la soluzione di questioni complesse che richiedano un'adeguata istruttoria. Ciò nonostante, uno dei tratti fondamentali del *référé-provision* sembra proprio essere quello di costituire «un véritable préjugement d'une affaire en référé, conduisant le juge du provisoire à une anticipation de la solution à venir éventuellement du juge du fond»¹⁸¹, proprio perché la determinazione di una obbligazione non seriamente contestabile sembra imporre al giudice un esame istruttorio più approfondito di quello normalmente richiesto per l'identificazione di un motivo in grado di non determinare un serio dubbio circa la fondatezza della pretesa creditoria.

In sostanza il *référé-provision* presenta una natura, nello stesso tempo, ambigua e ambivalente: una vera e propria tutela differenziata in virtù di rito speciale. Infatti, la misura concessa dal giudice del *référé-provision* appare come provvisoria soltanto quando, alla luce dell'insieme degli elementi istruttori successivamente acquisibili nel corso del giudizio di merito, la contestazione del credito da parte dell'amministrazione finisce per risultare fondata. Mentre quella stessa misura possiede i caratteri della definitività (salvo ricorso, ovviamente sempre esperibile) quando, già in sede di *référé*, quella stessa contestazione e gli elementi probatori a suo fondamento finiscano per apparire inconsistenti. Nonostante questa sua ambiguità, il *référé-provision* ha prodotto «des effets indubitablement bénéfiques. En particulier, la procédure de référé-provision constitue un excellent instrument de bonne administration de la justice puisqu'elle permet de trancher rapidement des li-

¹⁷⁹ CE, 20 dicembre 2006, *Bes*, in *AJDA*, 2007, p. 10.

¹⁸⁰ F. Rougevin-Baville concl. in CE Sect., 20 giugno 1980, *Sté Gaz de France*, R. p. 287; in *AJDA*, 1980, p. 525, chron. M.-A. Feffer e M. Pinault.

¹⁸¹ L. Vallée concl. in CE, 29 gennaio 2003, *Min. Économie c/ SA Général Electric Capital Fleet Service*, in *Droit fiscal*, 2003, c. 362.

tiges ne posant pas de difficultés sérieuses et, partant, de désencombrer la justice administrative»¹⁸².

15. Le procedure d'urgenza speciali

Le procedure d'urgenza specifiche sono innumerevoli e comprendono sia i c.d. *référé* speciali (tra cui il *référé précontractuel* e quello *contractuel*) sia l'insieme delle procedure di contestazione delle misure di allontanamento dal territorio.

Quanto ai *référé* speciali, il CJA dedica a queste procedure uno dei capitoli del Libro V che riunisce al suo interno ben dodici ipotesi nell'ambito delle quali la sospensione dell'esecuzione delle decisioni amministrative è pronunciata secondo modalità particolari. L'esistenza di specifiche modalità di sospensione in questo caso appare giustificato dal fatto che si tratta di procedure fortemente legate all'organizzazione del decentramento territoriale a partire dalla legge n. 82-213 del 2 marzo 1982. Con la legge n. 2000-597 del 30 giugno 2000, oltre a sopprimere alcuni procedimenti, è stato armonizzato il loro regime a quello del *référé-suspension*, in particolare attribuendo la competenza al giudice monocratico e subordinando la pronuncia della misura sospensiva all'esistenza di un «doute sérieux» circa la legalità dell'atto in questione.

L'insieme di queste procedure è caratterizzato da tre aspetti comuni.

Il primo riguarda il loro carattere incidentale: l'istanza di sospensione può soltanto accedere al ricorso, in via principale, «en annulation» o «en réformation». Il secondo attiene al presupposto richiesto per la concessione della misura sospensiva: la sospensione dell'esecuzione della decisione amministrativa è subordinata unicamente all'esistenza di «doute sérieux» in ordine ai profili della legalità di quest'ultima. Né il ricorrente è tenuto ad allegare, né il giudice deve verificare l'esistenza di una situazione di urgenza. Il terzo concerne il carattere vincolato della misura sospensiva: laddove il «doute sérieux» sia integrato, al giudice è sottratto qualsiasi margine d'apprezzamento, di cui invece dispone nel caso ordinario di *référé-suspension*.

¹⁸² S. Platon, *Le référé-provision administratif: référé ou procédure de jugement rapide?*, cit., p. 18, il quale osserva altresì come la stessa natura ambigua della procedura di *référé-provision* ponga l'interrogativo della sua compatibilità con il diritto all'equo processo ex art. 6, co. 1, CEDU, soprattutto nel caso in cui il giudice del *référé* sia successivamente chiamato a pronunciare sulla *demande au fond*. E tuttavia conclude che «la principal vertu de ce référé est en effet, en pratique, de désengorger les juridictions administratives en permettant un règlement rapide de litiges ne posant pas de problèmes majeurs et pour lesquels il serait certainement inutile de déployer la lourde machinerie du contentieux administratif. Il convient donc en particulier de ménager un juste équilibre entre, d'une part, l'intérêt d'une bonne administration de la justice dont dépend la rapidité de la procédure et, d'autre part, les exigences du procès équitable relativement à des lite mettant parfois en jeu sommes importantes» (p. 22).

A questi tre profili comuni, se ne aggiunge un quarto che connota la maggioranza dei casi (ben dieci su dodici) ed è quello che si riferisce al fatto che queste procedure possono essere promosse unicamente da autorità pubbliche.

Partendo da quest'ultima categoria, sono innanzitutto da richiamare le procedure ad esclusiva disposizione del Prefetto (art. 554-1-5 CJA) e in particolare l'istanza di sospensione (*référé-déféré suspension*) in occasione della proposizione del *déféré préfectoral* avverso i diversi atti degli enti territoriali locali e dei loro enti pubblici, sulla quale è previsto che il giudice debba pronunciare nel termine (ordinatorio) di un mese¹⁸³. A questa deve essere aggiunta la procedura relativa alla sospensione dei provvedimenti degli enti territoriali locali idonei a compromettere l'esercizio di una libertà pubblica o individuale (*référé-déféré liberté*), quali ad esempio le ordinanze contenenti misure di polizia in materia di circolazione stradale degli autoveicoli¹⁸⁴ e di sicurezza urbana¹⁸⁵. In questo caso il presidente del tribunale amministrativo competente per territorio (o suo delegato) deve decidere con ordinanza entro 48 ore, impugnabile mediante appello – formato dal Prefetto e non dal ministro – secondo la procedura del *référé-liberté*¹⁸⁶.

¹⁸³ Se l'atto dell'ente locale è di natura tale da compromettere in maniera grave il funzionamento o l'integrità di un'installazione o di un'opera interessante la difesa nazionale (*référé défense nationale*), il termine per decidere è ridotto a 48 ore: in questo caso il provvedimento di sospensione – di competenza del *Conseil d'Etat* in unico grado – è unicamente subordinato all'unico motivo che l'atto comunale sia di natura tale da compromettere gli interessi della difesa nazionale, senza che rilevi in alcun modo il profilo della sua legalità (art. L544-4 CJA).

¹⁸⁴ CE, 3 luglio 1998, *Comm. de la Bruguière* (ord.), in *RFDA*, 1998, p. 1062.

¹⁸⁵ CE, 29 luglio 1997, *Préfet du Vaucluse (Comm. de Sorgues)* (ord.), in *RFDA*, 1998, p. 389, note P.-L. Frier, in materia di scorribande notturne di minorenni; TA Orléans, 3 ottobre 1985, *Préfet d'Eure-et-Loir* (ord.), in *RFDA*, 1987, p. 201, note G. Melleray, in materia di divieto di collocare stand di partiti politici in occasione di una fiera; CE, 25 gennaio 1984, *Comm. de Pont-du Casse* (ord.), R. p. 517, in relazione ad una delibera comunale che interrompeva nel Comune vicino il servizio di trasporto scolastico; CE, 10 gennaio 1985, *Doret* (ord.), in *AJDA*, 1985, p. 366, note H. Périnet-Marquet, con riferimento ad un *arrêté* comunale che autorizzava il proprietario di un terreno a realizzare uno stagno.

¹⁸⁶ A queste ipotesi, si aggiungono, poi, gli altri procedimenti riservati ad autorità amministrative diverse con riferimento agli atti di competenza della relativa amministrazione (art. L554-6-10 CJA), quali il direttore delle agenzie regionali ospedaliere (avverso le deliberazioni degli enti pubblici sanitari), l'autorità accademica (nei confronti degli atti del preside in materia di stipulazione ed esecuzione di contratti), il Ministro dello sport (nei confronti degli atti delle federazioni sportive), i sindaci di Paris, Merseille e Lyon (nei confronti delle deliberazioni dei *conseils d'arrondissement*). E, infine, le domande di sospensione delle decisioni relative ai permessi a costruire, presentate dallo Stato, dal Comune o dall'ente pubblico di cooperazione intercomunale, i quali possono richiedere che sia fatta applicazione del regime relativo alle domande di sospensione allegate ai *déférés préfectoraux* avverso gli atti delle autorità decentrate.

Con riferimento invece alle procedure aperte a chiunque, sono da ricordare, in particolare, due ipotesi.

La prima è costituita dalla introduzione di un *recours en annulation* proposto avverso il provvedimento di approvazione di un progetto di piano territoriale, adottato in assenza dello studio d'impatto ambientale (art. L122-2 s. *Code env.*): in questa ipotesi, il giudice del *référé* accoglie la domanda di sospensione della decisione impugnata allorché sia accertata l'assenza del suddetto studio¹⁸⁷.

La seconda riguarda il caso in cui una decisione di riassetto territoriale sia stata adottata in mancanza della necessaria inchiesta pubblica o malgrado la sua conclusione negativa¹⁸⁸. L'accoglimento della domanda di sospensione è subordinata alla esistenza di «*doute sérieux*» sulla legalità del suddetto provvedimento, senza che a nulla rilevi l'esistenza o meno di una situazione d'urgenza.

Tra le procedure d'urgenza speciali devono inoltre essere ricordate: il *référé fiscal* (attualmente disciplinato dall'art. L279 *Livre des procédures fiscales*); il *référé* in materia di comunicazione audiovisiva (art. 42-10, legge n. 86-1067 del 30 settembre 1986, e art. L553-1 *CJA*); la procedura in materia di diritto «*au logement opposable*» (art. L778-1 *CJA* e art. 441-2-3-1 *Code de la construction et de l'habitation*)¹⁸⁹.

¹⁸⁷ CE, 14 marzo 2001, *Comm. de Goutrens*, in *RFDA*, 2001, p. 832, concl. D. Chavaux; CE Sect., 29 luglio 1983, *Comm. de Roquevaire*, in *AJDA*, 1983, p. 537; CE, 13 luglio 2007, *Synd. Intercomm. De Tournon-en-Brie*, in *AJDA*, 2007, p. 2210, note C. Cans.

¹⁸⁸ CE, 29 marzo 2004, *Comm. de Soignolles-en-Brie*, in *AJDA*, 2004, p. 1262, note S. Hul; TA Grenoble, 20 aprile 2007, *Fédérat. Rhône-Alpes de protection de la nature*, in *AJDA*, 2007, p. 1473, note M. Dreifuss.

¹⁸⁹ La legge n. 90-449 del 31 maggio 1990, dispone che l'attuazione del «*droit au logement*» costituisce un dovere «*de solidarité pour l'ensemble de la nation*» e lo stesso *Conseil constitutionnel* ha affermato che la disponibilità di un alloggio decente «*est un objectif à valeur constitutionnelle*». Con la legge n. 2007-290 del 5 marzo 2007 è stato introdotto nell'ordinamento francese il diritto all'alloggio opponibile (c.d. «*droit au logement opposable*»), con la previsione di una vera e propria obbligazione di risultato a garanzia del medesimo diritto. La legge configura una vera e propria nuova ipotesi di contenzioso amministrativo. Al fine di garantire il diritto all'abitazione, è stata prevista la costituzione, per ciascun Dipartimento, di una Commissione composta da rappresentanti dello Stato, del Dipartimento e di altri enti pubblici nonché dai rappresentati delle associazioni dei locatari e di quelle di reinserimento sociale. Si tratta in sostanza di una commissione – sul modello previsto in Inghilterra dall'*Housing Act* del 1996 – con compiti di mediazione con riferimento a tre diverse fattispecie. Innanzitutto, il suo intervento può essere richiesto in ipotesi di c.d. *droit commun*, ossia dai soggetti legittimati all'accesso ad un alloggio sociale in locazione che tuttavia non abbiano ricevuto alcuna idonea proposta. Il termine per adire la Commissione è determinato, con riferimento alle circostanze locali, con provvedimento del Prefetto sentito il comitato responsabile del piano dipartimentale d'azione per la sistemazione delle persone in posizione svantaggiata (art. L441-1-4 *Code de la construction et de l'habitation*). La Commissione, può, inoltre, essere adita, senza alcun termine da coloro che si trovino in una

Da ricordare, infine, che la procedura relativa alla «*évacuation des résidences mobiles des gens du voyage*» già attribuita al giudice civile¹⁹⁰, è stata attribuita alla competenza del giudice amministrativo (art. 27, legge n. 2007-297 del 5 marzo 2007, relativa alla prevenzione della delinquenza)¹⁹¹. In precedenza era previsto che «en cas de stationnement effectué en vio-

delle seguenti situazioni: (a) privi di alloggio; (b) assoggettati a procedura di sfratto senza la disponibilità di alcuna nuova abitazione; (c) alloggiati mediante sistemazione temporanea; (d) alloggiati in locali non idonei all'abitazione o che presentino un carattere insalubre o pericoloso; (e) alloggiati in locali sovraffollati o in alloggi non decenti, in presenza di un figlio minore o di un soggetto portatore di handicap. In questi casi la Commissione, a seguito delle opportune verifiche, definisce, in un termine fissato per decreto, la lista degli aventi diritto all'alloggio in via prioritaria ed ai quali un alloggio dovrà essere attribuito con urgenza. La lista è successivamente trasmessa al Prefetto che, dopo il parere dei sindaci dei Comuni interessati, indirizza ciascun avente diritto ad un organismo di locazione che dispone di alloggi idonei. Infine è previsto che la Commissione possa essere adita, senza alcun termine, nei casi in cui all'interessato sia stato rifiutato l'accesso ad una struttura di ospitalità transitoria, ad una locazione temporanea ovvero ad un alloggio di edilizia sociale («un logement-foyer ou une résidence hôtelière à vocation sociale»). Anche in questa ipotesi, la Commissione incarica il Prefetto di individuare, entro un termine predeterminato, una sistemazione idonea (art. L441-2-3-III CCH). Con riferimento alle prime due ipotesi, nel caso in cui l'istanza non sia soddisfatta nel termine fissato per decreto, l'interessato – al quale la Commissione abbia riconosciuto un titolo di priorità (*i.e.* l'interesse ad agire) – potrà adire, mediante rito speciale, il giudice amministrativo. Il presidente del Tribunale amministrativo (o il magistrato delegato) pronuncia in via d'urgenza entro un termine di due mesi: salvo rinvio al collegio, l'udienza si svolge senza conclusioni del *commissaire du Gouvernement* (art. L441-2-3-1-I, al. 5, CCH). In questo caso il giudice dispone del potere di mettere in mora (e quindi di prevedere anche una misura di *astreinte*) l'amministrazione statale con riferimento all'obbligo di locare (o di rilocare) idoneo alloggio al ricorrente cui sia stata riconosciuto un titolo di priorità. Con riferimento alla terza fattispecie, il soggetto interessato che si sia visto rifiutare l'accesso ad un alloggio sociale pur essendo titolare di una priorità, può parimenti adire, nel termine fissato per decreto, mediante ricorso il giudice amministrativo affinché sia «ordonné son accueil dans une structure d'hébergement, un établissement ou logement de transition, un logement-foyer ou une résidence hôtelière à vocation sociale». Per una prima analisi della legge n. 2007-290, cfr. R. Graëffly, *Aspects administratifs de la loi n. 2007-290 du 5 mars 2007 "instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale"*, in *Droit adm.*, 2007 (7), p. 13. Inoltre cfr. anche *Assumer l'obligation de résultat du droit au logement sur l'ensemble du territoire (Deuxième rapport annuel du Comité de suivi de la mise en œuvre du droit au logement opposable)*, ottobre 2008.

¹⁹⁰ In proposito, cfr. art. 28, legge n. 90-449 del 31 maggio 1990 (sul diritto all'alloggio) e art. 9, legge 2000-614 del 5 luglio 2000, relativa all'accoglienza della «gens du voyage».

¹⁹¹ In proposito, cfr. S. Deygas, *La nouvelle procédure contentieuse relative au stationnement des gens du voyage*, in *Procédures*, 2007 (8-9), p. 81. La nozione «gens de voyage» è una categoria dai contorni indefiniti: cfr. G. Terrien, *L'accueil des gens du voyage*, in *JCP Adm.*, 2007, n. 2127, p. 31; C. Le Barre, *Les gens du voyage: une catégorie ambiguë, source de discrimination indirecte*, in *RDP*, 2008, p. 891.

lation de l'arrêté [d'interdiction du stationnement en de hors des aires d'accueil aménagées sur le territoire d'une commune], y compris sur le domaine public, le maire peut, par voie d'assignation délivrée aux occupants [...] saisir le président du tribunal de grande instance aux fins de faire ordonner l'évacuation forcée des résidences mobiles» (art. 9, legge n. 2000-614 del 5 luglio 2000). Il giudice (civile) poteva non soltanto ordinare lo sgombero dell'area, ma poteva altresì ingiungere alla «gens du voyage» di trasferirsi nelle aree di accoglienza predisposte a tal fine o, in difetto, di lasciare il territorio comunale. La giurisdizione del giudice civile era individuata in virtù del criterio del 'blocco di competenze': il giudice civile era il solo competente a pronunciare lo sgombero della «gens du voyage», tanto nel caso di occupazione di suolo pubblico, quanto nel caso di occupazione di suolo privato, ipotesi che integrava una rilevante deroga alla giurisdizione del giudice amministrativo in materia di occupazione illegale del demanio pubblico.

La nuova disciplina ha modificato la procedura di sgombero dei terreni: il Comune, nel caso in cui lo stazionamento determini un «atteinte à la salubrité, la sécurité ou la tranquillité publiques», deve richiedere al Prefetto di mettere in mora gli occupanti con riferimento all'obbligo di sgomberare il terreno occupato in violazione dell'adottato provvedimento d'interdizione allo stazionamento sul suolo pubblico; la decisione di messa in mora del Prefetto può essere impugnata mediante *recours en annulation* davanti al tribunale amministrativo. Il ricorso sospende l'esecuzione della decisione e il presidente del tribunale (o suo delegato) deve statuire sul ricorso entro un termine di 62 ore decorrenti dal suo deposito¹⁹².

15.1 *Il référé-précontractuel o dell'effettività della tutela in materia di contrats administratifs*

Nell'esperienza giuridica francese il *référé-précontractuel* costituisce uno strumento giuridico sicuramente originale a disposizione dei soggetti pretermessi o esclusi dai procedimenti di stipulazione di *contrats administratifs* e che attribuisce al giudice amministrativo peculiari poteri di decisione di cui non disporrebbe laddove adito in via principale. Esso è stato inizialmente introdotto nell'ordinamento francese (1992) in attuazione della c.d. 'direttive ricorsi' del Consiglio europeo (direttiva 89/665/

¹⁹² Tra le prime pronunce, cfr. TA Cergy-Pontoise, 20 giugno 2008, *M. Stéphane Hortica, M. Samuel Michelet et M. Moïse Winterstein*, in *AJDA*, 2009, p. 330, il quale afferma, peraltro, che non appartiene al giudice «des décisions de mise en demeure» di ordinare all'autorità amministrativa di mettere a disposizione della *gens de voyage* una idonea area di accoglienza né «d'accorder à ceux-ci un délai pour quitter les lieux». La ritrovata competenza del giudice amministrativo è legata dunque a precisi limiti e in particolare all'impossibilità di ingiungere all'autorità amministrativa comunale di individuare e attrezzare idonee aree di accoglienza e di fissare un termine per il rilascio delle aree illegalmente occupate.

CEE del 21 dicembre 1989) ed è attualmente disciplinato dagli artt. L551-1 ss. (e R551-1-4) *CJA*, recentemente modificati a seguito dell'*ordonnance* n. 2009-515 del 7 maggio 2009, relativa alle «*procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique*», in attuazione della *directive* ricorsi n. 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007.

Il *référé-précontractuel* occupa un posto assolutamente rilevante nel garantire l'effettività della tutela nel campo del diritto dei contratti pubblici, a tal punto che tende a soppiantare il *recours pour excès de pouvoir* avverso gli atti *détachables*, nonché l'eventuale (connesso) ricorso al *référé-suspension*¹⁹³. In sostanza assieme, prima, al c.d. *recours en contestation de la validité du contrat* (cfr. *retro* CE Ass., 16 luglio 2007, *Soc. Tropic travaux signalisation*) e, adesso, al recente *référé-contractuel* (cfr. *infra* § 15.2) ha contribuito a ridefinire – con il ricorso a forme di tutela differenziata e a riti speciali – il contenzioso in materia di contratti pubblici.

In breve, si tratta di un'azione proposta in via principale e prima della conclusione del contratto pubblico, preordinata ad ottenere un provvedimento vincolante – provvisorio e/o definitivo – in grado di impedire l'illegale conclusione del medesimo contratto. In tal senso il giudice del *référé-précontractuel* può essere adito da tutti quei soggetti che hanno «un intérêt à conclure le contrat», ossia da tutti i 'concorrenti/offerenti interessati' non definitivamente esclusi dalla procedura di affidamento che possono pretendere di essere parte stipulante e «qui sont susceptibles d'être lésés», anche soltanto in via potenziale, a causa del mancato rispetto degli obblighi di pubblicità e dell'inosservanza delle regole sulla concorrenza previste dalle procedure per la formazione dei contratti pubblici (art. L551-10 *CJA*)¹⁹⁴.

Sotto il profilo sistematico, il *référé-précontractuel* dà luogo ad un giudizio in via d'urgenza sul rispetto delle regole di pubblicità e di concorrenza che debbono essere osservate da parte delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori nel corso della formazione di un *contrat administratif* avente per oggetto «l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la presentation de services, avec une contropartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service publique» (art. L551-1 *CJA*), indipendentemente dal fatto che la scelta del contraente sia avvenuta (o meno) a seguito di una normale

¹⁹³ R. Vandermeeren, *Le renforcement du référé précontractuel*, in *Contracts publics*, 2006 (53), p. 26.

¹⁹⁴ Agli offerenti interessati illegittimamente esclusi, va aggiunto il Prefetto territorialmente competente in ragione del Dipartimento nell'ambito del quale è stato concluso il contratto, nei casi in cui uno dei contraenti sia un ente locale o un suo ente pubblico e indipendentemente dall'obbligo di trasmissione del medesimo contratto al Prefetto. Con riferimento all'interesse ad agire da parte del consiglio di un ordine professionale, cfr. CE, 16 dicembre 1996, *Conseil rég. de l'ordre des architectes de la Martinique*, in *RFDA*, 1997, p. 202.

procedura di evidenza pubblica e a prescindere dai mezzi utilizzati per indire la gara pubblica¹⁹⁵.

Prima della recente riforma, i contratti pubblici la cui procedura di conclusione poteva costituire oggetto di *référé-précontractuel* erano enumerati in maniera specifica: «marchés publics, délégation de service public et contrats de partenariat public-privé»¹⁹⁶. L'ordonnance n. 2009-515 riformula il campo di applicazione oggettivo del *référé-précontractuel* mediante la sostituzione dell'enumerazione specifica dei singoli contratti con la mera individuazione del criterio oggettivo per l'identificazione delle procedure contrattuali per le quali è aperta del via del *référé* (crf. art. L551-1 CJA).

La procedura presenta tratti di forte interesse proprio perché preordinata a tutelare i soggetti terzi in posizione di 'concorrenti/offertenti interessati' alla conclusione del contratto pubblico e, per ciò stesso, pregiudicati dalle decisioni e dal comportamento dell'amministrazione nella fase che precede la formale stipulazione del contratto per il mancato rispetto degli obblighi di pubblicità e delle regole sulla concorrenza. In particolare l'art. L551-1 CJA («Contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs») dispone che coloro che hanno un interesse a concludere il contratto pubblico con un «pouvoir adjudicateur» (amministrazione aggiudicatrice) possono adire il Presidente del tribunale amministrativo (o un suo delegato) qualora la loro posizione sia suscettibile di essere lesa dal «manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence» alle quali è assoggettata la stipulazione del suddetto contratto¹⁹⁷. A sua volta, l'art. L551-5 CJA («Contrats passés par les entités adjudicatrices») prevede una procedura specifica di *référé-précontractuel* con riferimento alla stipulazione di contratti pubblici con «entités adjudicatrices» (enti aggiudicatori dei c.d. 'settori esclusi'), costruita sul modello contemplato dall'art. L551-1 CJA, nell'ambito della quale il giudice può, altresì, imporre il pagamento di una *astreinte*, provvisoria o definitiva,

¹⁹⁵ C. Maugüe, *L'actualité communautaire des marchés publics*, in *AJDA*, 1994 (n. special), p. 38; R. Vadermeeren, *Le référé administratif précontractuel*, ivi, p. 91; P. Delvolvé, *Les nouveaux pouvoirs du juge dans le contentieux des contrats*, in *Mélanges en l'honneur de Perrot*, Paris, 1996, p. 83; N. Ach, *Le référé précontractuel: une réforme inachevée*, in *AJDA*, 2002, p. 1422; B. Poujade, *Le référé précontractuel*, in *RFDA*, 2002, p. 279; J. Monas, *Référé-suspension et contentieux précontractuel*, in *AJDA*, 2004, p. 1116; F. Dieu, *L'irrésistible extension des pouvoirs du juge des référés précontractuel*, in *AJDA*, 2007, p. 782.

¹⁹⁶ Sui profili problematici posti dalla mera indicazione di criteri di identificazione, cfr. T. Pez, *Transposition de la nouvelle directive "recours": du référé-précontractuel au référé contractuel*, in *Droit adm.*, 2009 (6), p. 32.

¹⁹⁷ Laddove invece, la candidatura del suddetto soggetto terzo sia assente – non avendo manifestato alcun interesse alla conclusione del contratto –, questo non può avanzare alcuna pretesa davanti al giudice del *référé*: cfr. TA Toulouse, 23 settembre 1993, *Société Stentofon*, in *JCP*, 1994, IV, p. 748; CE, 29 maggio 2000, *SCP d'architectes Legleye*, in *RFDA*, 2000, p. 880.

in funzione dell'osservanza degli obblighi di pubblicità e concorrenza (art. L551-6 *CJA*).

L'inosservanza degli obblighi di pubblicità e concorrenza previsti dalle procedure di aggiudicazione è stata interpretata dal consolidato indirizzo giurisprudenziale in termini oggettivi, con la ricostruzione del *référé-précontractuel* quale mezzo processuale per garantire la legalità oggettiva, una sorta di *contentieux objectif* d'urgenza applicato alle procedure di stipulazione – anche se, come si dirà, in tempi più recenti questo orientamento è stato oggetto di rivisitazione a conferma della (almeno in apparenza) inarrestabile soggettivizzazione del *contentieux*. Invero la giurisprudenza, al fine di verificare la proponibilità del *référé* sotto il profilo dell'interesse ad agire, aveva finora escluso di apprezzare se il mancato rispetto degli obblighi avesse determinato un qualche pregiudizio per il ricorrente, limitandosi ad accertare che, alla luce delle modalità seguite nello svolgimento della procedura concorsuale, l'organizzazione della pubblicità o della concorrenza non era stata quella che avrebbe dovuto essere¹⁹⁸. Ai fini della sussistenza dell'interesse ad agire era, dunque, sufficiente il mero rischio di subire una lesione, senza che fosse necessario verificare se il soggetto ricorrente avesse effettivamente subito un pregiudizio dalla violazione degli obblighi. Il *référé-précontractuel* finiva così per assomigliare ad un *recours objectif*, il cui oggetto era costituito dalle irregolarità verificatesi nella procedura di formazione del contratto, qualunque fosse stata la loro incidenza sul concorrente/offerente interessato illegittimamente escluso. Questa interpretazione rigidamente formale delle regole procedurali sulla trasparenza e sulla concorrenza nel campo dei *contrats administratifs* ha contribuito ad estendere fortemente l'ambito del ricorso al *référé-précontractuel*.

Più di recente, tuttavia, la giurisprudenza sembra aver rivisto questa posizione: il *Conseil d'Etat*, da ultimo, ha affermato che «l'entreprise usant de la procédure de *référé précontractuel* ne peut invoquer que des manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée, ou risquent de la léser, en avantageant une entreprise concurrente»¹⁹⁹.

¹⁹⁸ CE Sect., 3 novembre 1995, *District de l'agglomération nancéienne*, in *RFDA*, 1995, p. 1077, concl. C. Chantepy; in *AJDA*, 1995, p. 888, chron. J.-H. Stahl e D. Chauvaux; CE, 8 aprile 2005, *Société Radiometer*, in *AJDA*, 2006, p. 1589; CE, 20 ottobre 2006, *Commune d'Andeville*, in *AJDA*, 2006, p. 2340, concl. D. Casas; in *RFDA*, 2006, p. 1272, secondo cui il ricorrente può invocare, davanti al giudice del *référé-précontractuel*, «tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation de cette délégation de service public, même si un tel manquement n'a pas été commis à son détriment», ossia anche se il ricorrente non abbia effettivamente subito alcun effetto distorsivo legato alla violazione delle regole della concorrenza.

¹⁹⁹ CE Sect., 3 ottobre 2008, *SMIRGEOMES*, in *Droit adm.*, 2008 (11), p. 47, note B. Bonnet e A. Lalanne; in *RFDA*, 2008, p. 1128, concl. B. Dacosta, note P.

L'evoluzione appare significativa: l'interesse ad agire mediante *référé-précontractuel* non è più legato a qualsiasi irregolarità comunque e ovunque prodottasi nell'arco del procedimento di formazione del contratto, ma è collegato soltanto a quelle irregolarità che possono avere delle conseguenze in termini di trasparenza e di concorrenza per l'operatore economico nel momento in cui venga pretermesso nell'ambito di quella stessa procedura di formazione. Questo significa che il soggetto pretermesso nella fase della definizione delle candidature, non ha più alcun interesse ad agire avverso le irregolarità verificatesi nella fase di valutazione delle offerte perché queste ultime non possono più, in alcun modo, incidere sulla sua situazione soggettiva. E viceversa: il soggetto ammesso alla fase di valutazione delle offerte, non ha più alcun interesse ad agire avverso le irregolarità riferibili alla fase della selezione delle candidature.

Secondo questo rinnovato indirizzo giurisprudenziale, le irregolarità e la loro suscettibilità di pregiudicare certi candidati devono, dunque, essere valutate con riferimento a quella precisa fase procedimentale nell'ambito della quale si sono prodotte, trascorsa la quale quelle stesse irregolarità sono sanate. L'interesse ad agire cessa in questo modo di essere legato alla irregolarità in senso oggettivo, per essere invece collegato alla lesione patita dell'operatore economico per quella determinata irregolarità, in quel certo momento della procedura di formazione del contratto.

In questa diversa prospettiva il giudice del *référé-précontractuel* non deve garantire il rispetto delle regole riguardanti gli obblighi di pubblicità e di concorrenza *in astratto*, ovvero non assume il ruolo di censore delle procedure di formazione di contratti irregolari. Viceversa, anche in questo campo, si produce un fenomeno di soggettivizzazione della tutela: il giudice interviene soltanto laddove l'interesse di un soggetto sia stato pregiudicato e l'irregolarità nella formazione del contratto pubblico abbia avuto o possa avere conseguenze negative sul candidato pretermesso in un determinato stadio della procedura di formazione del contratto.

Quanto agli altri profili, il *référé-précontractuel* deve essere proposto, come detto, prima della conclusione della procedura di stipulazione del contratto: la sua ragion d'essere è intrinseca al suo necessario carattere preventivo.

Il giudice monocratico (presidente del Tribunale o suo delegato) del *référé-précontractuel* deve pronunciare, in prima ed unica istanza, nel termine (indicativo) di 20 giorni, decorrenti dal deposito del ricorso, secondo la procedura tipica dei *référés*²⁰⁰, ferma restando la necessità di fissare l'udienza pubblica per garantire il contraddittorio tra le parti. L'ordinan-

Delvolvé; in *AJDA*, 2008, p. 2374, note P. Cassia; in *RDP*, 2009, p. 543, obs. C. Guettier.

²⁰⁰ Sulla dispensa dalle conclusioni del *Commissaire du gouvernement*, cfr. CE, 16 ottobre 2000, *Soc. Stereau*, R. p. 1172.

za può, a sua volta, essere impugnata unicamente mediante ricorso per cassazione nel termine di 15 giorni dalla sua comunicazione per errore di diritto o per travisamento dei fatti (art. R551-4 CJA)²⁰¹.

Il *référé-précontractuel* introduce un giudizio di *plein juridiction* che prescinde, dunque, dall'impugnazione di un determinato atto della procedura di formazione del *contrat administratif* e impone al giudice di valutare le lamentate irregolarità all'epoca della decisione²⁰². Questa procedura d'urgenza, peraltro, è contraddistinta, da un limite intrinseco, ossia l'ambito circoscritto dell'indagine: la cognizione del giudice del *référé-précontractuel* non è estesa a tutte le possibili patologie che possono riguardare la procedura di formazione, ma è circoscritta alla violazione degli obblighi di pubblicità e al rispetto delle regole della concorrenza relative alla procedura di formazione e stipulazione del contratto.

Il legislatore con il proposito di contribuire a rafforzare l'efficacia e l'effettività della tutela garantita dalla procedura d'urgenza ha soppresso l'obbligo per gli offerenti interessati di presentare – prima della introduzione della procedura di *référé* – una richiesta all'amministrazione di conformarsi ai propri obblighi, ponendo così rimedio all'anomalia indotta da siffatto obbligo, per cui, il più delle volte, l'amministrazione, venuta a conoscenza della doglianza, accelerava i tempi di conclusione del contratto, precludendo, con una sorta di 'corsa alla firma', la stessa possibilità di esperire il rimedio del *référé-précontractuel*²⁰³.

Non solo: l'*ordonnance* n. 2009-515 conferisce al *référé-précontractuel* un effetto sospensivo automatico, ossia preclude la sottoscrizione del contratto per tutto il periodo compreso tra l'introduzione del giudizio e la notificazione all'amministrazione aggiudicatrice (o alle «entités adjudicatrices») della decisione finale (artt. L551-4 e L551-9), con lo scopo di garantire la soluzione della controversia prima della stipula del contratto. L'obbligo di astenersi dalla sottoscrizione del contratto nel suddetto periodo parrebbe attribuire alla tutela conseguibile attraverso il *référé-précontractuel* piena effettività²⁰⁴. Indipendentemente dalla introduzio-

²⁰¹ CE Ass., 10 giugno 1994, *Comm. de Cabourg*, in *RFDA*, 1994, p. 728, concl. S. Lasvignes; in *AJDA*, 1994, p. 502, chron. C. Maugüe e L. Touvet; CE, 13 dicembre 1996, *Synd. intercomm. pour la revalorisation des déchets de Cannes-Grasse*, in *RFDA*, 1997, p. 192; CE, 5 aprile 2006, *Ministère de la Défense*, in *AJDA*, 2006, p. 1460.

²⁰² CE, 16 ottobre 2000, *Cie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, in *RFDA*, 2001, p. 106, concl. C. Bergeal.

²⁰³ CE Sect., 3 novembre 1995, *District de l'agglomération nancéienne*, cit.

²⁰⁴ Invero, una volta conclusa la procedura di formazione del contratto, il *référé-précontractuel* diviene irricevibile e qualsiasi controversia è devoluta alla *juridiction du plein contentieux*: i poteri conferiti al giudice amministrativo dal *référé* «ne peuvent plus être exercés après la conclusion du contrat»: CE, 22 gennaio 1997, *SA Bewater*, in *RFDA*, 1997, p. 421; TA Toulouse, 20 gennaio 2998, *Cie de service set environnement*, in *AJDA*, 1998, p. 271, note J.-P. Gilli; CE, 13 luglio 2007, *Synd. in-*

ne del *référé-précontractuel* è, in ogni caso, previsto un termine dilatorio (c.d. *standstill period*) per la sottoscrizione del contratto: la stipula del contratto non segue immediatamente la fase dell'aggiudicazione definitiva, ma ha luogo soltanto dopo la «*expiration du délai exigé*» che decorre dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva agli «*opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre*» (art. L551-18 *CJA*).

Con riferimento alla tipologia di poteri attribuiti al giudice del *référé-précontractuel* deve essere ancora tenuta distinta la fattispecie contemplata dall'art. L551-1 da quella prevista dall'art. L551-5 *CJA*, nonostante le novità introdotte dall'ordonnance n. 2009-515. Tra queste ultime – comune ad entrambe la fattispecie – è innanzitutto da richiamare la possibilità per il giudice del *référé* di bilanciare gli interessi coinvolti nella sua decisione e in particolare le «*esigenze imperative legate ad un interesse generale*» in funzione dell'applicazione delle relative sanzioni²⁰⁵. Invero, l'applicazione di qualsiasi sanzione è esclusa nel caso in cui il giudice «*estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages*».

Quanto ai poteri, con riferimento alle procedure contrattuali delle amministrazioni aggiudicatrici (art. L551-2 *CJA*), il giudice può: (a) «*ordonner*» all'autore dell'inosservanza di conformarsi agli obblighi di pubblicità e di concorrenza; (b) «*suspendre*» tutte le decisioni legate alla formazione del contratto; (c) «*annuler*» le decisioni legate alla stipulazione del contratto; (d) «*supprimer*» quelle clausole o quelle prescrizioni destinate ad essere inserite nel contratto in violazione degli obblighi di pubblicità e delle regole sulla concorrenza²⁰⁶.

tercomm. De la périphérie de Paris, in *AJDA*, 2007, p. 1444. Nel senso della titolarità dell'interesse ad agire davanti al *juge du plein contentieux* dei concorrenti/offerenti interessati illegittimamente esclusi nella stipulazione di un contratto pubblico, cfr. CE Ass., 16 luglio 2007, *Société Tropic Travaux*, cit.

²⁰⁵ In proposito si tratta di una applicazione fortemente generalizzata della previsione contenuta nel punto (22) della direttiva 2007/66/CE, ove è disposto che «per garantire la proporzionalità delle sanzioni applicate, gli Stati membri possono tuttavia consentire all'organo responsabile delle procedure di ricorso di non rimettere in discussione il contratto o di riconoscere in parte o in toto gli effetti nel tempo quando, nelle circostanze eccezionali della fattispecie, ciò sia reso necessario per rispettare alcune esigenze imperative legate ad un interesse generale. In tali casi dovrebbero applicarsi sanzioni alternative. L'organo di ricorso [...] dovrebbe esaminare tutti gli aspetti pertinenti per stabilire se esigenze imperative legate ad un interesse generale impongano che gli effetti del contratto siano mantenuti».

²⁰⁶ Innanzitutto, possono dunque essere disposte misure provvisorie, quali (a) la misura ingiuntiva indirizzata all'autore dell'inosservanza di conformarsi agli obblighi cui è sottoposto, ovvero (b) quella sospensiva preordinata ad interrompere la stipulazione del contratto o l'esecuzione delle decisioni legate alla sti-

Con riferimento alle procedure contrattuali degli enti aggiudicatori, il giudice – tenuto conto della specificità dei c.d. ‘settori esclusi’ – dispone unicamente dei poteri *sub a)* e *b)* (art. L551-6 *CJA*), poiché l’attribuzione dei poteri *sub c)* e *d)* è stata ritenuta in grado di determinare conseguenze finanziarie e sociali eccessive, finanche capaci di incidere negativamente sulla continuità del funzionamento del servizio pubblico. In questo caso, tuttavia, il giudice può pronunciare una *astreinte*, provvisoria o definitiva, legata all’inadempimento delle misure previste a carico dell’ente aggiudicatore, con decorrenza dalla scadenza del termine concesso per adempiere alle stesse²⁰⁷.

La giurisprudenza ha interpretato i poteri del giudice del *référé-précontractuel* in maniera molto estensiva. Secondo il *Conseil d’Etat*, il giudice, una volta adito, dispone «de l’intégralité des pouvoirs qui lui sont ainsi conférés pour mettre fin, s’il en constate l’existence, aux manquements de l’administration à ses obligations de publicité e de mise en concurrence». Viene così ammessa la possibilità di pronunciare *ultra petita*, con la possibilità, in particolare, per il giudice, che sia investito con domanda sospensiva, di adottare una decisione di annullamento della procedura²⁰⁸. In proposito è stato affermato che «lorsqu’un requérant saisit le juge du référé-précontractuel, il ne lui demande pas en particulier de ‘suspendre’ une procédure, de ‘l’annuler’ ou de ‘enjoindre’ à l’administration de la reprendre, ou plusieurs de ces choses à la fois,

pulazione fino alla conclusione della procedura di *référé* a partire dal momento in cui il giudice è adito e per la durata massima di venti giorni. Ma possono essere disposte anche misure preordinate a rinnovare integralmente una procedura allo scopo di garantire tutte le esigenze di pubblicità (CE, 21 giugno 2000, *SARL Plage “Chez Joseph”*, in *RFDA*, 2000, p. 797, concl. C. Bergeal), ovvero a garantire la reintroduzione di un offerente evinto e la soppressione del criterio discriminatorio (CE, 25 luglio 2001, *Commune de Gravelines*, in *AJDA*, 2002, p. 46, concl. D. Piveteau). Inoltre possono essere adottate misure definitive, come l’annullamento della decisioni assunte o la soppressione delle clausole destinate a formare il contratto finale che non siano conformi ai suddetti obblighi, suscettibili come tali di acquistare autorità di cosa giudicata senza che questa dipenda da alcuna futura decisione di merito. Per alcuni esempi, cfr. TA Pau, 7 marzo 1994, *Schmeltz*, in *RFDA*, 1994, p. 754; TA Grenoble, 11 gennaio e 8 febbraio 1994, *Soc. routière Chambard*, in *RFDA*, 1994, p. 741, note M.B. In ogni caso, è esclusa la possibilità di ingiungere *astreintes* in caso di inottemperanza dell’ordinanza o di condanna al risarcimento dei danni.

²⁰⁷ L’art. L551-6 *CJA* dispone che se all’epoca della liquidazione dell’«astreinte provisoire», l’inadempimento non è stato rimosso, il giudice può pronunciare una «astreinte définitive» nelle forme del *référé*, «appel pouvant être fait comme en matière de référé». L’*astreinte*, provvisoria o definitiva, «est indépendante des dommages et intérêts», e può essere in tutto in parte revocato se «l’inexécution ou le retard dans l’exécution de l’injonction du juge provient, en tout ou partie, d’une cause étrangée» (art. L551-5, alinea 4, *CJA*).

²⁰⁸ CE, 20 ottobre 2006, *Commune d’Andeville*, cit.; CE, 15 dicembre 2006, *Soc. Corsica Ferries*, in *AJDA*, 2007, p. 185, note J.-D. Dreyfus.

il lui demande en réalité, quelle que soit la formulation qu'il utilise, de faire usage de ses pouvoirs pour faire cesser le manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence»²⁰⁹. In altri termini, il giudice del *référé-précontractuel* può d'ufficio, ossia senza necessità di alcuna domanda in tal senso, ordinare all'autore dell'inosservanza di conformarsi agli obblighi previsti, sospendere la stipulazione del contratto o la sua esecuzione, annullare le decisioni assunte, oppure sopprimere le potenziali clausole contrattuali che violino i suddetti obblighi ed, infine, ingiungere all'amministrazione di sospendere la sottoscrizione del contratto.

Questa possibilità trova adesso un vero e proprio riconoscimento normativo laddove è disposto che «les mesures prévues aux artt. L551-2 et L551-6 peuvent être prononcées d'office par le juge». In questa ipotesi al giudice è imposto l'onere di informare preliminarmente le parti interessate, invitandole a presentare le proprie osservazioni nelle forme previste dalla disciplina regolamentare (art. L551-12 *CJA*).

In tal modo siamo in presenza di un singolare paradosso, quello per cui una volta accordato al giudice del *référé-précontractuel* il potere di pronunciare d'ufficio delle misure definitive capaci di assumere autorità di cosa giudicata ed il cui contenuto prescinde da un vero e proprio giudizio di merito, a quello stesso giudice – ancorché *juge de plein contentieux* – vengono conferiti, nell'ambito di un procedimento d'urgenza, poteri decisori di cui non dispone neppure il giudice di merito. Il *référé-précontractuel* ha così assunto, come è stato da ultimo osservato, una fisionomia attrattiva, in grado di ricomprendere tutte le contestazioni concernenti la regolarità della procedura di formazione e stipulazione dei contratti pubblici, cosicché il *recours pour excès de pouvoir* avverso i c.d. *actes détachables* finisce per essere circoscritto a pochi casi e lo stesso *référé-suspension* viene ad essere configurato quale rimedio residuale²¹⁰.

15.2 Il *référé-contractuel*: un vero e proprio *recours contractuel speciale*

La direttiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 ha modificato le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio con l'obiettivo di rendere più efficaci le procedure di ricorso in materia di stipulazione dei contratti pubblici, anche attraverso la creazione di uno strumento di contestazione del contratto pubblico già stipulato, che consenta ai soggetti interessati di domandarne la nullità o la rescissione perché concluso in violazione delle relative direttive (2004/17/CE e 2004/18/CE del 31 marzo 2004).

²⁰⁹ D. Casas concl. CE, 20 ottobre 2006, *Commune d'Andeville*, cit.

²¹⁰ In proposito, cfr. R. Vandermeeren, *Le renforcement du référé-précontractuel*, cit., p. 28.

L'effettività degli obblighi di pubblicità e delle regole sulla concorrenza viene così legata sia al consolidamento degli strumenti di tutela nella fase della formazione del contratto, sia alla previsione di un nuovo mezzo di tutela cui è possibile ricorrere in un momento successivo a quello della sua sottoscrizione. L'*ordonnance* n. 2009-515 definisce quest'ultimo strumento in forma di *référé-contractuel* ossia di procedura d'urgenza avverso il contratto già concluso e sottoscritto dalle amministrazioni aggiudicatrici ovvero dagli enti aggiudicatori, senza riproporre le differenze tra le due fattispecie in punto di *référé-precontractuel*.

Sotto il profilo sistematico, il *référé-contractuel* è costruito in continuità con il *référé-precontractuel* e si pone a fianco del c.d. *recours en contestation de la validité du contrat*, il quale, a differenza del primo, riguarda tutti i contratti pubblici, nessuno escluso, e consente di far valere qualsiasi vizio concernente la validità del contratto²¹¹.

La relazione di continuità tra i due *référé* è data dal fatto che il nuovo *référé* può essere promosso confronti degli stessi contratti conclusi in virtù di quella stessa procedura di formazione oggetto del *référé-precontractuel* (art. L551-13 *CJA*)²¹². Dal campo di applicazione del *référé-contractuel* restano esclusi soltanto: (a) i contratti la cui formazione non è sottoposta ad un obbligo preliminare di pubblicità, quando l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore abbiano «avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication»; (b) i contratti assoggettati a forme di pubblicità preventiva, ai quali «ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus» laddove l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore abbiano espletato le medesime formalità; (c) i contratti conclusi in forza di un accordo-quadro o di un sistema di acquisizione dinamico, nelle ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore abbia comunicato «aux titulaires la décision d'attribution du contrat et observé un délai de seize jours entre cet envoi et la conclusion du contrat» (art. L551-15 *CJA*).

La legittimazione ad agire mediante *référé-contractuel* è attribuita agli stessi soggetti che possono promuovere il *référé-precontractuel*: sono legittimati ad agire quei soggetti che hanno interesse alla conclusione del contratto e che sono «susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations

²¹¹ Su questi profili, cfr. T. Pez, *Transposition de la nouvelle directive "recours"*, cit., p. 36; G. Berthon, *La suspension juridictionnelle du contrat administratif entre «référé suspension» et «référé-contractuel»*, in *RFDA*, 2009, p. 1215; J.-D. Dreyfus, *L'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des contrats de commande publique*, in *AJDA*, 2009, p. 1145.

²¹² Da sottolineare che oggetto del *référé-contractuel* possono essere altresì i contratti di diritto privato conclusi dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori: la competenza in questo caso è comunque attribuita alla *juridiction judiciaire* (artt. 2 ss., *ordonnance* n. 2009-515).

de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats». La proposizione del *référé-contractuel* è preclusa, tuttavia, a quegli stessi soggetti che abbiano in precedenza introdotto un *référé-précontractuel* nei casi in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore abbiano osservato il periodo di sospensione previsto dall'art. L551-4 (e L551-9) *CJA* e si siano conformati alla decisione pronunciata nel medesimo *référé*.

Anche la proposizione del *référé-contractuel* introduce un giudizio di *plein juridiction* e i vizi contrattuali che possono essere lamentati sono quegli stessi che possono essere avanzati davanti al giudice del *référé-précontractuel*. A questi si deve aggiungere l'inosservanza dell'obbligo di astenersi dalla sottoscrizione del contratto prima della scadenza «du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre», ovvero durante il periodo di «suspension prévue à l'art. L551-4 ou à l'art. L551-9». In questi due ultimi casi devono, tuttavia, essere soddisfatte due ulteriori condizioni, ossia che l'inadempimento ai suddetti obblighi abbia impedito al ricorrente «d'exercer le recours prévu par les artt. L551-1 et L551-5» e che gli obblighi di pubblicità e le regole della concorrenza, alle quali è subordinata la formazione del contratto, «ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat» (art. 551-18, alinea 3, *CJA*).

Il giudice amministrativo monocratico del *référé-contractuel* pronuncia in prima ed unica istanza, secondo la procedura tipica dei *référés*: il giudice è «juge du fond», dispone degli stessi poteri del giudice del *référé-précontractuel* – potendo anche pronunciare d'ufficio le misure sanzionatorie (art. L551-21 *CJA*) – e la sua sentenza è impugnabile unicamente mediante ricorso in cassazione.

Quanto ai suoi poteri, il giudice del *référé-contractuel* può disporre una pluralità di misure.

Innanzitutto può sospendere – in via cautelare – l'esecuzione del contratto per l'intera durata del giudizio, salvo «s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages» (art. L551-17 *CJA*).

Ma, soprattutto, il giudice del *référé-contractuel* può pronunciare sulla nullità del contratto – dunque con efficacia retroattiva – nell'ipotesi in cui alcune delle misure di pubblicità richiesta per la sua formazione siano state omesse, ovvero sia mancata la pubblicazione sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea* nei casi in cui questa sia prescritta (art. L551-18, alinea 1, *CJA*). La nullità del contratto può essere inoltre dichiarata (a) quando siano state «méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique» (art. L551-18, alinea 2, *CJA*); (b) quando la sua sottoscrizione sia avvenuta prima della scadenza «du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre» ovvero nel periodo di «suspension prévue à l'art. L551-4 ou à l'art. L551-9» (art. L551-18, alinea 3, *CJA*).

Tuttavia il giudice, in luogo della pronuncia di nullità del contratto, può disporre sanzioni alternative costituite (a) dalla risoluzione del contratto, oppure (b) dalla riduzione della sua durata o, ancora, (c) dal pagamento di una sanzione economica, in tutti quei casi in cui la privazione degli effetti del contratto con efficacia retroattiva conduca a conseguenze sproporzionate ovvero contrasti con esigenze imperative legate ad un interesse generale che imponga la conservazione degli effetti del contratto. Siffatte esigenze possono essere costituite dalla considerazione di un prevalente interesse economico soltanto nel caso in cui «la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat, ou si le contrat porte sur une délégation de service public» (art. L551-19, alinea 2, *CJA*).

Infine nel caso in cui il contratto sia stato sottoscritto in violazione dell'obbligo di astenersi «avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'art. L551-4 ou à l'art. L551-9», il giudice può pronunciare, alternativamente, la nullità del contratto, la sua rescissione, oppure ridurre la sua durata o, ancora, imporre una sanzione economica, in ragione della maggiore o minor gravità di siffatta violazione.

A differenza del giudice del c.d. *recours en contestation de la validité du contrat* e di quello del *référé-précontractuel*, il giudice del *référé-contractuel* non ha alcun potere di modificare le clausole contrattuali, né dispone – a differenze del primo – del potere di condanna al pagamento di un'indennità «en réparation des droit lésés».

15.3 *Le procedure di impugnazione delle misure di espulsione dal territorio nazionale*

Nell'ambito delle procedure d'impugnazione delle misure di espulsione dal territorio nazionale coesistono tre diversi rimedi, attualmente disciplinati dal *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*.

Il primo si distingue per la sua specificità e riguarda il ricorso presentato dallo straniero al quale sia stato negato l'ingresso sul territorio francese a titolo d'asilo (art. 24, legge n. 2007-1631 del 20 novembre 2007, e adesso art. L213-9 *Code des étrangers*).

Gli altri due, ancorché inerenti ai provvedimenti amministrativi adottati in materia di soggiorno dello straniero sul territorio francese, hanno un ambito di applicazione più ampio. L'uno coinvolge i provvedimenti di diniego di rilascio del permesso di soggiorno per un motivo diverso da quello inerente a ragioni di ordine pubblico, con la contestuale previsione, per un verso, dell'obbligo di uscire dal territorio francese e, per l'altro, della individuazione del Paese verso il quale l'interessato dovrà essere rimpatriato (legge n. 2006-911 del 24 luglio 2006, e adesso art. L512-1 *Code des étrangers*). L'altro appare una conseguenza del precedente e riguarda il contenzioso concernenti i provvedimenti del Prefetto in materia di ri-

conduzione alla frontiera degli stranieri entrati o soggiornanti irregolarmente sul territorio nazionale o ai quali sia stato rifiutato il permesso di soggiorno per il motivo che la loro presenza sul territorio costituisce una minaccia all'ordine pubblico (art. 1, legge n. 90-34 del 10 gennaio 1990, e adesso art. L512-2 *Code des étrangers*)²¹³.

Gli stranieri cui sia stato negato l'ingresso sul territorio francese per motivi d'asilo – che solitamente sono trattenuti nelle aree di attesa aeroportuali con la prospettiva di essere rimpatriati con sollecitudine – possono impugnare il provvedimento di diniego mediante una speciale procedura di *référé-liberté*, ex art. L213-9 *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*. Una procedura caratterizzata da un duplice profilo di specialità: con riferimento all'oggetto – costituito dalla domanda di annullamento di una decisione, fondata sull'illegittimità del riconoscimento del diritto d'asilo – e all'effetto sospensivo – legato *ex sé* alla proposizione del ricorso.

Il ricorso deve essere presentato – senza l'obbligo del ministero di un avvocato – al presidente del tribunale amministrativo (o al giudice delegato) entro il termine perentorio di 48 ore decorrenti dalla notificazione della decisione di diniego d'ingresso. Il giudice adito deve pronunciare con sentenza entro 72 ore dalla presentazione del ricorso ed a seguito di udienza pubblica²¹⁴. Salvo il caso di opposizione dello straniero, il giudizio può svolgersi nella sala d'udienza della zona aeroportuale di attesa²¹⁵.

Quanto al contenzioso sul provvedimento di diniego di rilascio del permesso soggiorno – ovvero di diniego di rinnovo del titolo di soggiorno oppure di revoca – collegato ad una misura di espulsione con l'indicazione del Paese di destinazione, lo straniero può, nel termine perentorio di un mese dalla notificazione del suddetto provvedimento, richiederne l'annullamento al tribunale amministrativo. In questo caso lo straniero può formare dei ricorsi separati e distinti avverso, rispettivamente, il rifiuto del permesso di soggiorno, la misura di espulsione e l'individuazione del Paese di destinazione. La proposizione del ricorso sospende soltanto l'esecuzione dell'obbligo di lasciare il territorio francese. La sospensione degli

²¹³ In termini quantitativi, il numero delle espulsioni sono circa 250/300 per anno, mentre i provvedimenti di riconduzione alla frontiera sono stati per gli anni 2004 e 2005 nell'ordine di 60.000 e 65.000, con una percentuale di esecuzione pari al 18% e al 20% (R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, cit., p. 1501).

²¹⁴ È peraltro prevista la possibilità di pronunciare ordinanza motivata tanto nel caso in cui lo straniero rinunci al ricorso, quanto nel caso in cui il ricorso sia respinto per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo ovvero per irrimediabile irricevibilità o per manifesta infondatezza.

²¹⁵ La sentenza può essere impugnata mediante appello, da presentare nel termine di 15 giorni successivi alla sua notificazione, davanti al Presidente della Corte amministrativa d'appello competente per territorio. La proposizione dell'appello non ha effetto sospensivo.

altri effetti può essere ottenuta solo mediante la contestuale proposizione, con il ricorso principale, di un *référé-suspension* o di un *référé-liberté*²¹⁶. L'eventuale misura sospensiva non è, peraltro, di ostacolo all'applicazione delle misure detentive amministrative, che possono essere disposte prima della pronuncia della sentenza. La fase istruttoria è scritta e in contraddittorio: le decisioni prese per il suo svolgimento sono notificate con ogni mezzo e i termini sono fissati a pena di decadenza²¹⁷.

Il contenzioso sui provvedimenti prefettizi di riconduzione alla frontiera degli stranieri che sono entrati o che soggiornano irregolarmente sul territorio nazionale – introdotto dall'art. 12, legge n. 90-34 del 10 gennaio 1990 – costituisce una procedura sospensiva autonoma interamente disciplinata dall'art. L512-2 *Code des étrangers*. In tal modo il legislatore ha determinato l'insieme delle regole della «procédure contentieuse régissant la contestation de la légalité d'un arrêté préfectoral décidant la reconduite à la frontière d'un étranger»²¹⁸.

La prima conseguenza di questa scelta legislativa è quella per cui il provvedimento di riconduzione alla frontiera non è suscettibile di costituire oggetto di un *référé-suspension*²¹⁹, salvo il caso in cui l'esecuzione del provvedimento ecceda «le cadre qu'implique normalement», talché in questa ultima ipotesi diventano proponibili tanto il *référé-suspension* quanto il *référé-liberté*²²⁰.

La legge n. 90-34 del 10 gennaio 1990, ha previsto uno speciale *recours en annulation* avverso il provvedimento prefettizio di riconduzione alla frontiera, di competenza, in prima istanza, del presidente (o di altro magistrato delegato) del tribunale amministrativo nella cui circoscrizione ha sede il Prefetto interessato, ovvero quello nella cui circoscrizione ricada il centro di accoglienza in cui lo straniero sia trattenuto. L'introduzione del *recours en annulation* comporta l'automatica sospensione dell'esecuzione del provvedimento per tutta la durata del giudizio, il quale non può comunque essere eseguito finché non sia trascorso il termine per la presentazio-

²¹⁶ CE, 28 novembre 2007, *Menjadeu*, in *AJDA*, 2007, p. 2290.

²¹⁷ Da segnalare che l'istruttoria dei ricorsi presentanti separatamente e in maniera distinta avverso le diverse decisioni può essere congiunta: CE, 11 luglio 2007, *Union synd. Des magistrats administratifs*, in *AJDA*, 2007, p. 2218, note T. Gründler.

²¹⁸ F. Mallol, *Le juge et l'étranger: variations sur la procédure contentieuse de la reconduite à la frontière*, in *RFDA*, 1996, p. 520; R. d'Haën, *La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière*, Paris, 1997; M. Guyomar e P. Collin, *Le contentieux de la reconduite à la frontière* (chron. jurispr.), in *AJDA*, 2000, p. 787.

²¹⁹ CE, 30 luglio 2003, *Djelida*, in *AJDA*, 2003, p. 1527, obs. M. Brillié; in *RFDA*, 2003, p. 1025.

²²⁰ CE, 14 gennaio 2005 (ord.), *Mme Bondo*, in *AJDA*, 2005, p. 1360, note O. Lecucq. In ogni caso, resta ferma la possibilità per il giudice del procedimento speciale di adottare, in sede di esecuzione, le misure ingiuntive più adeguate: cfr., CE, 22 febbraio 2002, *Dieng*, in *AJDA*, 2002, p. 415, chron. M. Guyomar e P. Collin; in *RFDA*, 2003, p. 1080, concl. D. Chauvaux; in *RDP*, 2003, p. 441, obs. C. Guettier.

ne del *recours*. Il *recours* deve essere presentato al presidente del tribunale amministrativo, nelle ipotesi di regolare notificazione del provvedimento prefettizio, entro 48 ore se la notificazione è stata fatta direttamente a mani allo straniero, oppure entro sette giorni se è stato notificato per posta (art. 58, legge n. 2006-911 del 24 luglio 2006; art. L512-2 *Code des étrangers*).

Il carattere peculiare del *recours en annulation* è quello della celerità: il presidente deve pronunciare la sentenza entro 72 ore dalla registrazione del ricorso (art. R776-9 *CJA*)²²¹. Per la presentazione del *recours* non è richiesta l'assistenza di un avvocato e non costituisce, altresì, motivo di irricevibilità l'assenza della sottoscrizione da parte del ricorrente. Il *recours* è deciso in udienza pubblica senza conclusioni del *Rapporteur public*, previo contraddittorio tra il ricorrente e il rappresentante del Prefetto, al quale il presidente del tribunale deve preventivamente trasmettere l'atto introduttivo del *recours* e gli eventuali motivi aggiunti. Le parti nel corso dell'udienza possono integrare le memorie prodotte mediante osservazioni orali e produrre nuovi documenti. Laddove esse apportino nuovi elementi di fatto ovvero nuovi motivi di diritto, il giudice deve comunque valutarle e riaprire la fase in contraddittorio, sia sospendendo l'udienza per il tempo necessario, sia rinviando a nuova udienza²²². La sentenza è pronunciata in udienza e la lettura immediata del dispositivo alle parti costituisce una formalità sostanziale, condizione di regolarità della sentenza stessa^{223 224}.

16. Per concludere

La ricostruzione dell'insieme delle tutele differenziate e dei riti speciali nell'ordinamento francese mette in evidenza almeno due caratteristiche di questo sistema in grado, entrambe, di spiegare l'ambito della differen-

²²¹ In caso di rinuncia al ricorso oppure di non luogo a decidere con rigetto del ricorso per irricevibilità manifesta e insanabile, il giudizio può essere concluso mediante ordinanza (art. R776-2-1 *CJA*).

²²² CE Sect., 27 febbraio 2004, *Préfet des Pyrénées Orientales*, in *AJDA*, 2004, p. 651, chron. F. Donnat e D. Casas; in *RDP*, 2005, p. 510, obs. C. Guettier.

²²³ CE, 30 dicembre 2002, *Mme Makhlouq*, in *AJDA*, 2003, p. 742, note O. Le-cuq. La sentenza può essere impugnata mediante appello davanti al Presidente della Corte amministrativa d'appello (o al consigliere delegato) nel termine di un mese decorrente dal giorno in cui la notificazione è stata fatta alle parti secondo le condizioni previste dall'art. R776-17, al. 3, *CJA*.

²²⁴ È da ricordare, inoltre, che il provvedimento di riconduzione alla frontiera e la decisione che definisce il Paese di rinvio sono due decisioni distinte ancorché possano essere contenute nello stesso atto. Se l'interessato contesta, nello stesso tempo, entrambe le decisioni mediante conclusioni distinte, essa sono giudicate secondo la suddetta procedura. Altrimenti, il ricorso diretto contro la decisione che fissa il Paese di rinvio è sottoposto alle procedure previste per il ricorso ordinario: cfr. CE, 26 maggio 1995 (avis), *Botos*, R. p. 218; CE, 6 novembre 2002 (ord.), *Markarov*, R. p. 777.

ziazione e della specialità²²⁵. Ma innanzitutto una notazione di carattere generale che costituisce una sorta di rete di contenimento delle tutele differenziate e dei riti speciali, in grado di guidare la stessa lettura del fenomeno: il complessivo esame del sistema della tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione nell'esperienza giuridica francese evidenzia come esso sia fortemente ancorato ad una esigenza di unità del *contentieux administratif*, in cui la specialità della tutela e del rito, laddove si manifesta, emerge con riferimento non a singoli interessi o a specifici affari, ma in relazione ad ambiti di materia e come esigenza per ricondurre ad unità quel contenzioso che in considerazione del suo oggetto specifico, finirebbe per pregiudicare la stessa unitarietà del modello.

All'inizio si è ricordato come da questo quadro d'insieme emergano due tendenze.

La prima è la forte tendenza a soggettivizzare l'intero sistema.

Nell'esperienza giuridica francese la sanzione legata alla illegittimità del provvedimento amministrativo consiste, tradizionalmente, nel suo annullamento: il giudice investito di un *recours pour excès de pouvoir* si limita ad esaminare la legittimità del provvedimento, non potendo disporre di nessun altro potere se non di quello di annullare l'atto o di rigettare la domanda. La ragione di questa limitazione è nota ed è stata già ricordata: essa è incardinata sulla finalità immediata del *contentieux de l'excès de pouvoir* di sottomettere l'amministrazione pubblica allo Stato di diritto tramite il controllo giurisdizionale. Per cui la riparazione della lesione causata all'ordinamento giuridico dall'adozione di una decisione amministrativa illegale/illegittima, non avrebbe richiesto nient'altro che l'annullamento della stessa decisione per le ragioni allegate dalla parte, senza possibilità alcuna per il giudice di decidere attorno al rapporto²²⁶. Il carattere oggettivo del ricorso non imponeva di andare più lontano: l'annullamento della decisione illegittima produceva il contestuale e immediato ripristino del principio di legalità. L'unica eccezione rispetto a questo schema era la possibilità per il giudice di sollevare d'ufficio, in ogni grado di giudizio, i c.d. «*moyens d'ordre public*», legati all'incompetenza dell'autorità amministrativa, alla mancata acquisizione del parere del *Conseil d'Etat* nella formazione della decisione, all'adozione della decisione al di fuori del campo di applicazione della legge e alla violazione del giudicato di annullamento. Parimenti, il giudice poteva 'decidere di non decidere' su quei motivi che avesse ritenuto inoperanti, senza essere tenuto a motivare nella sentenza finale le ragioni della sua non decisione, così come in forza del principio di *économie de moyens* non era tenuto a esaminare tutti i motivi d'impu-

²²⁵ Per un sintetico quadro delle difficoltà e dei problemi che affliggono il sistema del *contentieux administratif*, cfr. J. Viguier, *Le contentieux administratif*, Paris, 2005, p. 19 ss.; B. Odent, D. Truchet, *La justice administrative*, Paris, 2004, p. 106 ss.

²²⁶ In proposito, cfr. P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif*, cit.

gnazione, ma poteva limitarsi a decidere unicamente sui motivi in grado di provocare l'annullamento della decisione impugnata.

In sostanza il *r.e.p.* ha avuto, fino a tempi recenti, unicamente una portata negativa: il giudice poteva annullare l'atto o rigettare il ricorso, ipotesi, quest'ultima, che equivaleva ad affermare non la legalità dell'atto impugnato, ma soltanto che i motivi d'impugnazione allegati dalla parte non erano fondati. Malgrado l'ampliamento del controllo del giudice dell'*excès de pouvoir* – legato soprattutto all'affermazione della possibilità di verificare la qualificazione giuridica e la valutazione dei fatti da parte dell'amministrazione – l'oggetto del *r.e.p.* è rimasto immutato e incardinato sull'esame dei vizi di legittimità, sollevati dal ricorrente o rilevati d'ufficio in caso di *moyens d'ordre public* – suscettibili di determinare l'annullabilità dell'atto. Talché la pronuncia del giudice ha continuato ad avere un effetto assai ridotto, cristallizzata attorno alla contestazione di un determinato provvedimento. Essa ha continuato a riguardare la fondatezza dei motivi di impugnazione del provvedimento dedotti dal ricorrente, senza peraltro fornire alcuna statuizione attorno alla soluzione in grado di porre fine alla controversia, salvo i casi in cui i due profili finissero per coincidere.

Al contrario, in sede di *plein contentieux*, il giudice amministrativo ha, da sempre, a disposizione poteri di decisione più ampi che consentono, non soltanto di sanzionare l'insieme dei profili di *illégalités*, ma di offrire la soluzione della lite attraverso l'esame della fondatezza delle pretese (sostanziali) delle parti. Le forme di tutela che il giudice amministrativo in sede di *pleine juridiction* poteva e può dare, in particolare con riferimento alle fattispecie di *plein contentieux objectifs*, a chi lamenti la violazione di un proprio diritto soggettivo sono molto più estese dal momento che l'oggetto del suo giudizio, in questo caso, non è la decisione amministrativa, ma il rapporto controverso. In queste ipotesi il giudizio, pur partendo dalla contestazione del provvedimento, non si limita alla sua eliminazione, ma ha lo scopo di tutelare le situazioni soggettive, con la possibilità non soltanto di annullare, ma, altresì, di riformare il provvedimento impugnato e, inoltre, di conformare il successivo esercizio del potere dell'amministrazione nei casi in cui la pronuncia del giudice implichi necessariamente che l'amministrazione adotti una misura di esecuzione. Ed è indicativo che nel quadro di questo riassetto complessivo delle relazioni tra i due pilastri del *contentieux administratif*, il *Conseil d'Etat*, laddove investito della questione circa la qualificazione dei *recours* privi di una connotazione legislativa, abbia, più di recente, affermato che esso non possa essere validamente adito se non quale giudice di *plein contentieux*²²⁷.

²²⁷ Cfr. CE Sect., 8 gennaio 1982, *Aldana-Barrena*, cit.: «Considérant que le recours ouvert aux personnes prétendant à la qualité de réfugié par l'art. 5 de la loi du 25 juillet 1952, portant création d'un office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA), a le caractère d'un recours de plein contentieux; qu'il appartient dès lors à la commission instituée par cette loi, non d'apprécier la légalité de la déci-

Questo assetto complessivo delle garanzie giurisdizionali nei confronti del potere pubblico ha subito dunque una profonda e vasta rivisitazione, con la forte accentuazione del profilo soggettivo della tutela offerta nel suo insieme dal *contentieux administratif*.

La mobilità della linea di confine tra *r.e.p.* e *recours de pleine juridiction* costituisce peraltro, almeno in tempi più recenti, una caratteristica strutturale del *contentieux administratif*. La ricerca dell'effettività della tutela giurisdizionale nei confronti del potere amministrativo si è, finora, svolta all'interno di una cornice caratterizzata dalla necessità di garantire una solida tenuta del modello con la conseguente limitazione della proliferazione di tutele differenziate e di riti speciali – circoscritte ad ipotesi tipiche (come il *recours en appréciation de légalité/validité* o il contenzioso sulle *installations classées pour la protection de l'environnement*) salvo il caso del *contentieux de l'urbanisme* – che poggia proprio sul progressivo adattamento dei due *recours* e su una loro relazione di reciproca integrazione con la prevalenza ora dell'uno, ora dell'altro.

Per un verso, sono state ricordate le tendenze legislative più recenti che hanno incrementato le ipotesi di *plein contentieux objectif* in cui i motivi sollevati davanti al giudice non hanno più unicamente riguardo ai profili di legittimità/legalità del provvedimento amministrativo impugnato e dove il giudice può sostituire la propria decisione a quella dell'amministrazione. Tanto che è stato osservato che il *recours objectifs de pleine contentieux* sembra «supplanter le recours pour excès de pouvoir préfigurant peut-être ce que seront demain les pouvoirs du nouveau juge de l'excès de pouvoir»²²⁸.

Per l'altro, è il caso di porre l'accento sull'importanza dell'attribuzione al giudice del *r.e.p.* del potere di ingiunzione, avvenuta con la legge n. 95-125 dell'8 febbraio 1995. È stato rilevato in proposito come quest'ultima novità legislativa abbia contribuito a modificare la stessa natura del *r.e.p.*: invero «requête en excès de pouvoir le juge administratif peut annuler pour excès de pouvoir et enjoindre de prendre une mesure d'exécution dans un sens déterminé», talché «le critère des pouvoirs du juge ne permet plus de distinguer recours pour excès de pouvoir et pleine

sion qui lui est déférée au vu des seul éléments dont pouvait disposer le directeur de l'office lorsqu'il a statué sur la demande, mais de se prononcer elle-même sur le droit des intéressés à la qualité de réfugié d'après l'ensemble des circonstances de fait dont il est justifié par l'une et l'autre parties à la date de sa propre décision». Inoltre cfr. anche CE Ass., 26 giugno 1992, *Pezet et San Marco* in *AJDA*, 1992, p. 447, chron. C. Maugué e R. Schwartz e concl. Le Chatelier, p. 506, che nel silenzio della legge qualifica come *recours de plein contentieux* quello promosso davanti allo stesso *Conseil d'Etat* avverso la decisione del *Tribunal administratif* che rifiuta l'autorizzazione al cittadino di agire in giudizio in nome del Comune: la decisione del *Conseil d'Etat* è fondata su considerazione di opportunità giacché il *plein contentieux* permette di verificare se l'azione può avere interesse per il Comune, se essa presenta delle *chances* di essere accolta e, quindi, di rilasciare l'autorizzazione.

²²⁸ J.-F. Brisson, *Le recours pour excès de pouvoir*, Paris, 2004, p. 112.

jurisdiction»²²⁹. La struttura e le finalità del *r.e.p.* mutano profondamente: l'esigenza di effettività della tutela legata all'attribuzione del potere d'ingiunzione, impone adesso al giudice del *r.e.p.* di giudicare e valutare non più unicamente e semplicemente l'atto contestato, ma l'insieme del rapporto controverso. Il giudice del *r.e.p.*, con la titolarità del potere di ingiunzione, ha cessato di essere un mero controllore della legalità del potere, il suo ufficio ha subito una profonda trasformazione, divenendo giudice dell'esercizio del potere, con la possibilità di conformarne il riesercizio²³⁰.

Per tale aspetto, gli stessi principi della CEDU hanno finito per incidere sull'assetto del *contentieux administratif*: sono in particolare i principi in tema di pienezza ed immediatezza della tutela giurisdizionale che impongono di allargare l'orizzonte evitando defatiganti pronunce di annullamento, sì da consentire un giudizio di accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale, quante volte non osti la riserva di potere discrezionale. Il modello processuale muta i suoi assetti, anche in ragione dei principi della CEDU, per consentire al giudice amministrativo di emanare, sempre e comunque, pronunce che garantiscano la risoluzione *au fond* della *res controversa*. Questa novità non ha certo determinato il venir meno della distinzione tra il *r.e.p.* e il *recours de pleine contentieux*: questa esiste ancora, soprattutto con riferimento al piano processuale.

Ma resta, parimenti, una novità profondamente significativa perché, come si ricordava all'inizio, segnala la torsione dell'intero sistema del *con-*

²²⁹ F. Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administrative français*, cit., p. 92.

²³⁰ Per questo aspetto deve altresì essere richiamata l'affermazione da parte del giudice amministrativo di modulare nel tempo gli effetti della propria sentenza di annullamento, sul modello della giurisprudenza della Corte di giustizia: con l'*arrêt* CE Ass., 11 maggio 2004, *Association AC! et al.*, in *AJDA*, 2004, p. 1183, chron. C. Landais e F. Lenica; in *DA*, 2004 (115), note de M. Lombard p. 197; in *RDP*, 2005, p. 536, obs. C. Guettier; in *RFDA*, 2004, p. 454, concl. C. Devys, nonché R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, cit., n. 1218 (p. 1104 ss.), è stata riconosciuto al giudice amministrativo il potere di derogare «a titre exceptionnel» al principio dell'effetto retroattivo della sentenza di annullamento con l'obiettivo di assicurare la soluzione più opportuna al corretto equilibrio tra interessi pubblici e interessi privati. Conf. CE Sect., 25 febbraio 2005, *France Telecom*, in *AJDA*, 2005, chron. C. Landais e F. Lenica; in *RDP*, 2005, p. 1643, note P. Idoux; in *RFDA*, 2005, p. 802, concl. S. Prada-Bordenave; CE, 11 gennaio 2006, *Association des victimes du saturnisme et al.*, Req., n. 267251; CE Sect., 7 ottobre 2006, *Sté Techna*, in *AJ*, 2006, p. 2385, chron. C. Landais e F. Lenica; in *JCP*, 2006, n. 10208, note S. Damere; in *JCP adm.*, 2007, 2001, note F. Melleray; in *RFDA*, 2007, p. 265, concl. F. Séners (relativa ad una decisione di rigetto). Successivamente con l'*arrêt* CE Ass., 16 luglio 2007, *Soc. Tropic travaux signalisation*, cit., il giudice amministrativo ha riconosciuto tra i propri poteri quello di escludere l'effetto retroattivo delle proprie decisioni, con la possibilità, dunque, di mutare l'assetto giuridico unicamente per l'avvenire. In argomento, cfr. B. Seiller (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Paris, 2007. Inoltre, cfr. CE, 12 dicembre 2007, *Sire*, in *RDP*, 2009, p. 1528; CE, 16 maggio 2008, *Département du Val-de-Marne*, in *RDP*, 2009, p. 1528, note F. Bottini, *La sécurité juridique et la modulation dans le temps des annulation contentieuses*.

tentieux administratif verso la soggettivizzazione delle forme di tutela. A ragion veduta, si può dire che la conformazione delle forme di tutela e del rito anticipata dal *contentieux de l'urbanisme* si estende, pur con alcune differenze, all'intero *contentieux de l'excès de pouvoir*. La specialità del rito in materia urbanistica è riassorbita quale carattere generale dell'intero sistema e l'efficacia della tutela non è rimessa a misure straordinarie legate ad interessi contingenti e alla moltiplicazione delle tipologie di ricorso con la previsione di sempre nuovi e specifici riti (e forme di tutela) speciali, ma è perseguita mediante un ripensamento complessivo degli assetti del *contentieux administratif*, l'ampliamento dei poteri del giudice del *r.e.p.* e la generalizzazione dei poteri attribuiti al giudice del *plein contentieux* nell'ambito del contenzioso di tipo oggettivo.

In questo scenario di fondo, si assiste all'affermazione di una seconda tendenza, che accentua ancor più i connotati soggettivi del *contentieux administratif*.

Il riferimento è alla lenta ma costante evoluzione delle forme e delle tecniche di tutela che finiscono per aprire il processo amministrativo a forme di tutela sommaria atipica: il richiamo è soprattutto alle procedure di *référé*s e, in particolare, ad alcune di esse (*référé-liberté*, *référé-provision* e *référé-précontractuel* e *-contractuel*). L'obiettivo dell'efficacia della tutela, attribuita in taluni ordinamenti al rito speciale, è recuperata nell'esperienza giuridica francese con la ricerca di misure efficienti a monte della decisione. Nel caso delle misure di *référé d'urgence*, si tratta di misure ontologicamente inidonee a dettare una disciplina definitiva della fattispecie controversa, salvo le ipotesi specifiche che possono verificarsi nell'applicazione pratica delle misure. Invero la disciplina definitiva della fattispecie litigiosa resta sempre attribuita alla decisione del giudice al termine del processo a cognizione piena. Ma la funzione delle procedure di *référé*s è proprio quella di munire di tutela sommaria urgente quelle situazioni soggettive che altrimenti si vedrebbero pregiudicate dalla durata del processo di cognizione.

L'effettività della tutela ancora una volta non è ricercata in espedienti che il più delle volte, peraltro, finiscono per conseguire una finalità opposta, quella di complicare e rendere sempre più difficile l'esercizio del diritto di azione (riduzione dei termini per la proposizione del ricorso, per la notifica del ricorso, creazione di passaggi procedurali specifici, ecc.). L'effettività della tutela è conseguita, in questo caso, con la previsione di una serie di procedure in grado di assolvere alla funzione di munire di tutela sommaria urgente – in tal senso caratterizzate da una cognizione sommaria – quei diritti che, in assenza di misure cautelari tipiche, potrebbero subire, in virtù dell'urgenza, un pregiudizio a causa della durata, anche fisiologica, del processo a cognizione piena.

Gli sviluppi più recenti del *contentieux administratif* non sono quindi indirizzati a produrre 'comunque' una certezza giuridica, qualunque essa sia, anche soltanto in chiave preclusiva rispetto agli effetti non tollerati di un possibile sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa. La sua evoluzione è esattamente in senso opposto: il sistema del *contentieux admi-*

nistratif non rinuncia a garantire la tutela di situazioni giuridiche soggettive, né rinuncia ad assicurare la legalità dell'operato dell'amministrazione.

Una considerazione conclusiva.

La ricostruzione del sistema della tutela giurisdizionale nei confronti del potere pubblico e il connesso esame delle forme di tutela differenziate e dei riti speciali nell'esperienza giuridica francese evidenzia come la risposta al bisogno di tutela e di effettività della medesima non venga affidata ad interventi sporadici del legislatore, preordinati a creare una molteplicità di riti nei quali la funzione del processo amministrativo diventa residuale, finalizzata unicamente a garantire la certezza giuridica.

Nell'ordinamento transalpino l'effettività della tutela non transita dalla differenziazione delle tutele e dei riti che appare difficilmente compatibile con il quadro costituzionale interno e con i principi CEDU allorché comporta il rischio di una forte destrutturazione della procedura giurisdizionale «et aussì d'une connaissance et donc d'un maniement de plus en plus difficile de ses règles»²³¹. Viceversa, l'effettività della tutela è legata al recupero delle esigenze connesse alla differenziazione all'interno di un quadro di tutela giurisdizionale unitario in grado di fornire «mezzi di reazione adeguati alle molteplici e 'differenziate' forme in cui il potere amministrativo opera nella società moderna»²³². E, dunque, mediante un processo amministrativo c.d. ordinario idoneo a garantire una tutela generale ed adeguata, dove la differenziazione non legittima la frammentazione del rito, ma riguarda, unicamente, le forme delle tutele rispetto alla particolarità delle situazioni sostanziali cui afferiscono. E attraverso la configurazione di una serie di procedimenti rapidissimi e concentrati che non confidano né sulla introduzione di termini compressi per lo svolgimento di attività processuali, né sull'aggravamento di quelli esistenti, ma danno luogo a forme di tutela sommaria, in guisa di strumenti di chiusura del sistema del *contentieux administratif*.

Il legislatore francese, ancora una volta, ha adoperato i due principali strumenti in grado di attribuire al giudice amministrativo una «effettiva signoria sul conflitto di interessi [...] preparando il terreno perché l'annullamento giovi veramente» e contribuendo ad estrarre dal processo, quale strumento neutro rispetto agli interessi in gioco, «tutti gli effetti di cui è capace»²³³. In questo modo, la logica dell'effettività della tutela giurisdizionale non viene ad essere legata ad espedienti procedurali ritagliati sui singoli interessi, ma è in funzione del risultato del processo, che deve dare «tutto quello e proprio quello».

²³¹ B. Pacteau, *Contentieux administrative*, VI édít., Paris, 2002, p. 33.

²³² M. Nigro, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, cit., p. 182.

²³³ M. Nigro, *Il giudice amministrativo oggi*, in *Foro it.*, 1978, V, c. 167.

IL SISTEMA DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA DEL REGNO UNITO: VERSO L'INTEGRAZIONE DELLE TUTELE

Davide De Grazia

1. Il sistema britannico di giustizia amministrativa

Nei primi dieci anni del nuovo millennio il Regno Unito ha conosciuto una considerevole ondata di importanti riforme in materia di giustizia, che hanno visto la luce con un ritmo insolitamente serrato per un ordinamento, quale quello britannico, notoriamente legato alla tradizione e ai tempi lunghi da essa scanditi per l'affermazione e il consolidamento di principi ed istituti.

Il 24 marzo 2005 ha ricevuto il *royal assent* una legge dal forte impatto istituzionale quale il Constitutional Reform Act, che prevede la sottrazione alla House of Lords delle funzioni giurisdizionali (fino ad oggi esercitate dal Judicial Committee della Camera dei Lords), con trasferimento delle funzioni di giudice di ultima istanza alla Supreme Court of the United Kingdom (istituita nell'ottobre 2009), e la ridefinizione del ruolo del Lord Chancellor, che fino all'Act del 2005 assommava ancora su di sé le funzioni di *speaker* della camera alta del parlamento britannico, di Ministro della giustizia e di presidente del Judicial Committee della House of Lords.

Una particolare attenzione è stata poi dedicata dal legislatore alla giustizia amministrativa, il cui sistema complessivo è oggi oggetto di specifica riflessione nell'intento di realizzare una maggiore integrazione tra le diverse tecniche di tutela già conosciute dall'ordinamento. Ne scaturisce un sistema generale non imperniato sulle sole corti e che anzi vorrebbe cercare proprio nella diversificazione dell'offerta di tutela la risposta alle mutevoli esigenze di volta in volta espresse dall'utenza.

La tutela giurisdizionale è affidata alle corti ordinarie, ma quando la controversia riguarda i modi di esercizio delle *public functions* da parte di soggetti a ciò preposti, essa segue di regola percorsi distinti rispetto a quelli ordinariamente stabiliti per la soluzione delle controversie sorte nello svolgimento di rapporti paritari tra soggetti dell'ordinamento.

La radicale negazione della esistenza di un diritto speciale applicabile ai corpi amministrativi nell'esercizio delle loro competenze era, come noto, alla base della ricostruzione di A.V. Dicey, che aveva ritenuto di cogliere proprio nella mancanza di siffatta specialità la differenza fondamentale tra gli ordinamenti «a diritto amministrativo», quale era quello della

Francia napoleonica, e l'esperienza giuridica britannica, basata sull'idea dell'assoggettamento di tutti i soggetti dell'ordinamento (individui ed enti, organizzazioni private e corpi esecutivi) al fondamentale principio della *rule of law*, che non ammetteva posizioni di supremazia o di specialità a favore di alcuni sugli altri¹.

Il distacco da questa impostazione è stato lento e faticoso². L'errore commesso da Dicey, tanto nel confronto con il diritto amministrativo francese del tempo quanto nella omissione, nell'analisi interna, della considerazione di alcuni aspetti del rapporto tra cittadino ed esecutivo che avrebbero potuto minare le basi del ragionamento³, è stato ormai definitivamente riconosciuto⁴.

Sul versante della tutela giurisdizionale, la tesi diceyana risultava contraddetta già dal sistema dei *prerogative writs*, rimedi speciali, per tradizione ricondotti all'area della prerogativa regia, con cui era esercitata la *supervisory jurisdiction* sulle *inferior courts* e sugli apparati esecutivi, che erano retti ognuno da una propria disciplina processuale. Solo alla fine degli anni Settanta del secolo scorso si è giunti al superamento del sistema dei *writs* mediante la codificazione di un unico rito speciale per il sindacato sull'azione amministrativa (il *judicial review*), pur mantenendosi il carattere discrezionale dei rimedi concedibili⁵.

Una delle novelle degli ultimi anni ha avuto ad oggetto proprio il *judicial review*: nel 2004, con il Civil Procedure (Modification of Supreme Court Act 1981) Order, il legislatore ha provveduto ad adeguare ai tempi

¹ La ricostruzione si trova in A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londra, 1885, tradotto in italiano con il titolo *Introduzione allo studio del diritto costituzionale: le basi del costituzionalismo inglese*, Bologna, 2003.

² Tanto che ancora nel 1970, in *Ministry of Housing and Local Government v. Sharp* [1970] 2 QB 223, Lord Denning (al par. 226) sottolineava con orgoglio che «our English law does not allow a public officer to shelter behind a droit administratif». Analoghe considerazioni di Lord Salmon nella stessa sentenza (par. 275) e in *Re Grosvenor Hotel, London (No. 2)* [1965] Ch. 1210, al par. 1261 («there is no droit administratif in this country»).

³ Si pensi ad es. ai tradizionali poteri di prerogativa regia, il cui esercizio di colloca in un ordine di rapporti non paritario tra Corona e «suddito», e l'originaria esclusione del sindacato giurisdizionale su di essi, a cui si collega la tradizionale immunità del sovrano al giudizio di responsabilità civile («*the Crown can do no wrong*»), superata solo con il Crown Proceedings Act del 1947.

⁴ Cfr. ad es. H.W.R. Wade, C.F. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford, 2004, 9th ed., p. 24 ss.; N. Bamford, P. Leyland (a cura di), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Portland, 2003, p. 8; G. Napolitano, *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, in Id. (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, p. 19 ss. Cfr. anche *R. v. Inland Revenue Commissioners, ex p. National Federation for the Self-Employed and Small Businesses Ltd* [1982] AC 641, in cui Lord Diplock saluta la costruzione di un sistema completo di diritto amministrativo come il più grande risultato conseguito dalle corti nel corso della sua attività come giudice.

⁵ In argomento cfr. anche D. de Pretis, *La giustizia amministrativa*, in G. Napolitano (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 286 ss.

le denominazioni tradizionali dei *prerogative remedies* concedibili all'interno di quella procedura⁶.

Sempre nell'ottica della tutela, l'impostazione di Dicey trovava ulteriore smentita nella proliferazione di organismi giustiziali che si muovevano al di fuori della giurisdizione delle corti, che dunque contraddicevano l'idea della esclusività del giudice nel sindacato dell'azione amministrativa: gli *administrative tribunals*.

Nonostante la loro importanza sistemica non sia stata ancora adeguatamente sottolineata⁷, i *tribunals* costituiscono una componente significativa, ed anzi irrinunciabile, del quadro della tutela nei confronti della amministrazione pubblica.

Nel 2007 ha visto la luce una delle più significative riforme della giustizia amministrativa del Regno Unito, il *Tribunals, Courts and Enforcement Act* (TCEA), e una parte cospicua delle disposizioni in esso contenute riguarda proprio gli *administrative tribunals*.

L'act del 2007 era stato preceduto dal *white paper* del Department for Constitutional Affairs del 2004 intitolato *Transforming Public Services: Complaints, Redress and Tribunals*⁸ che, recependo le sollecitazioni del c.d. «rapporto Leggatt»⁹, a quasi cinquant'anni dall'ultima inchiesta parlamentare sull'argomento, aveva riaperto la discussione sulla riforma del sistema dei *tribunals*.

Il *white paper* presentato dal governo aveva peraltro un orizzonte più ampio rispetto a quello della riforma degli *administrative tribunals*, essendo animato dall'ambizione di delineare i tratti di un sistema integrato di giustizia amministrativa che ricomprendesse, oltre alle corti e ai *tribunals*, anche altri strumenti giustiziali già previsti dall'ordinamento. Non a caso, dal dibattito suscitato dal *paper* sono scaturiti ulteriori interventi riformatori che hanno riguardato anche gli *ombudsman*, organi che svolgono un ruolo non irrilevante nella risoluzione delle controversie tra cittadino e *public bodies*¹⁰.

Perno del sistema dovrebbe divenire l'Administrative Justice and Tribunals Council, organo istituito per prendere il posto del Council on

⁶ I tradizionali *remedies* del *certiorari*, della *prohibition* e del *mandamus* sono oggi denominati, rispettivamente, *quashing*, *prohibition*, e *mandatory order*. In argomento M. Supperstone, J. Goudie, P. Walker, *Judicial Review*, Londra, 2005, 3rd ed., p. 454 ss.

⁷ G. Richardson, H. Genn, *Tribunals in Transition: Resolution or Adjudication?*, in *Publ. L.*, 2007, p. 118 ss.

⁸ In *Cmd 6243*, luglio 2004. Si legge anche in <<http://www.dca.gov.uk/pubs/adminjust/transformfull.pdf>>.

⁹ Il documento, che costituisce il rapporto finale elaborato dalla commissione presieduta da Sir Andrew Leggatt, è intitolato *Tribunals for User, One System, One Service* e si legge in <<http://www.tribunals-review.org.uk>>.

¹⁰ Local Government and Public Involvement in Health Act 2007, su cui vedi M. Seneviratne, *Updating the Local Government Ombudsman*, in *Publ. L.*, 2008, p. 627 ss.

Tribunals¹¹, che, oltre ad esercitare la supervisione sull'attività degli *administrative tribunals*, è chiamata a svolgere un'attività di consulenza in favore del governo sul funzionamento dell'intero sistema di giustizia amministrativa¹².

2. La tutela data dalle corti: il judicial review

2.1 Rimedi, procedure e oggetto del sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa

Il ventaglio di azioni proponibili dal cittadino britannico per ottenere tutela giurisdizionale dei propri interessi a fronte della illegittimità dell'azione amministrativa è ampio.

Possono essere richiesti, anche nei confronti della pubblica amministrazione, rimedi di diritto comune (o di diritto privato o di *equity*), detti anche *non prerogative remedies*¹³. Tali rimedi sono la *declaration*, l'*injunction* e la condanna al risarcimento dei danni.

La *declaration*¹⁴ è il rimedio consistente nella statuizione pronunciata da una corte circa la sussistenza o la non sussistenza di una certa situazione giuridica. La sua concessione non fornisce all'interessato un titolo esecutivo, ma ciononostante può risultare di grande utilità ai fini del conseguimento del risultato, stante il fatto che l'autorità che non volesse uniformarsi a quanto accertato e dichiarato nella sentenza si porrebbe inequivocamente in una posizione di contrasto con il diritto. L'uso della *declaration* nei confronti della pubblica amministrazione risale ai primi anni del secolo scorso¹⁵.

La *injunction*¹⁶ è il rimedio di diritto privato (oggi disciplinato dalla sez. 37 del Supreme Court Act 1981, ma di origine equitativa) con cui la corte può inibire preventivamente la commissione di atti contrari al diritto. La giurisprudenza ha peraltro ammesso l'esperibilità del rimedio anche per ottenere ordini di *facere*¹⁷. In caso di inottemperanza alla *injunction*, a se-

¹¹ TCEA 2007, sezz. 44 e 45.

¹² Secretary of State for Constitutional Affairs, *Transforming Public Services: Complaints, Redress and Tribunals*, cit., par. 11.12. Cfr. R. Carnawath, *Tribunal Justice – A New Start*, in *Publ. L.*, 2009, p. 49 ss.

¹³ H.W.R. Wade, C.F. Forsyth, *Administrative Law*, cit., p. 559 ss.

¹⁴ Cfr. S.A. De Smith, H. Woolf, J. Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed., Londra, 1995, p. 735 ss.; H.W.R. Wade, C.F. Forsyth, *Administrative Law*, cit., p. 568 ss.; C. Lewis, *Judicial Remedies in Public Law*, 3rd ed., Londra, 2004, p. 239 ss.

¹⁵ *Dyson v. Attorney-General* [1911] 1 KB 410.

¹⁶ S.A. De Smith, H. Woolf, J. Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, cit., p. 705 ss.; H.W.R. Wade, C.F. Forsyth, *Administrative Law*, cit., p. 561 ss.; C. Lewis, *Judicial Remedies in Public Law*, cit., p. 278 ss.

¹⁷ *R. v. Kensington and Chelsea Royal LBC, ex p. Hammel* [1989] QB 518; *Taylor v. Newham LBC* [1993] 1 WLR 444. La possibilità di ricorrere per ottenere una *injunction* ad un *facere* è prevista anche dall'Housing Act 1985, sez. 138.

conda dei casi, può essere irrogata una sanzione pecuniaria per oltraggio alla corte o una pena che può arrivare fino alla detenzione.

Infine, l'interessato può esperire una *action for damages* allo scopo di ottenere la condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni¹⁸.

¹⁸ H.W.R. Wade, C.F. Forsyth, *Administrative Law*, cit., p. 560. Il tema della responsabilità civile della pubblica amministrazione nell'ordinamento inglese non può certo essere approfondito in questa sede. Il principio, vigente fino alla prima metà del secolo scorso, secondo cui il sovrano non poteva commettere illeciti («*the King can do no wrong*»), principio che, se non escludeva in astratto la tutelabilità dei diritti lesi da comportamenti illeciti della pubblica amministrazione, di fatto rendeva assai difficile l'esercizio della tutela da parte dei privati per la presenza di una serie di posizioni di privilegio a favore della Corona), fu formalmente abbandonato solo con l'entrata in vigore del Crown Proceedings Act 1947. La legge pose, per quanto possibile, sullo stesso piano i cittadini e la Corona, prevedendo, in primo luogo, che per citare in giudizio quest'ultima non fosse più necessario ottenere la preventiva autorizzazione del sovrano. Ai sensi della sez. 2(1)(a) della legge, la Corona è responsabile (secondo le norme di *common law* relative ai datori di lavoro privati) per i danni da illecito extracontrattuale provocati dall'azione od omissione dei suoi agenti e funzionari. Per opinione prevalente, non esiste nel diritto britannico e nella *common law* in genere un principio analogo a quello del *neminem laedere*. La *law of torts* prevede, invece, una serie di figure tipiche di illecito civile (i *torts*, appunto), ognuna delle quali è soggetta ad un peculiare regime. La figura di illecito extracontrattuale più comune, anche nei giudizi contro la pubblica amministrazione, è il *tort of negligence*, che per la sua generalità più si avvicina al modello di illecito atipico compendiato nel principio del *neminem laedere* e codificato nell'ordinamento italiano dall'art. 2043 c.c. Il *tort* in parola è costruito sui tre elementi della sussistenza di un dovere di diligenza (*duty of care*) sancito dalla *common law*, della violazione di tale dovere da parte del *defendant* (*breach of duty*) e del danno subito dall'attore a causa di tale violazione. Per quanto riguarda l'attività della pubblica amministrazione, il *tort* può manifestarsi anche nell'esercizio negligente dei poteri conferiti dalla legge. In tale caso assume rilievo la problematica della distinzione, operata dalla giurisprudenza, tra condotta negligente relativa all'esercizio (o all'omesso esercizio) di poteri ampiamente discrezionali, difficilmente sindacabile dal giudice, e condotta negligente relativa a decisioni o atti meramente esecutivi, su cui potrà pienamente dispiegarsi il sindacato giurisdizionale. Tra le altre ipotesi tipiche di illecito commesso dalla pubblica amministrazione sono poi da ricordarsi la violazione di doveri imposti da specifiche previsioni normative (*breach of statutory duty*), che possono vincolare l'attività della Corona sia espressamente che per implicazione necessaria, e il *tort of misfeasance in public office*, illecito esclusivamente legato all'esercizio di poteri pubblici e che rappresenta il riflesso, dal lato dell'illecito e della responsabilità civile, dei limiti posti dall'ordinamento all'esercizio di poteri attribuiti dalla legge da parte di chi sia investito di una pubblica funzione. Sul tema della responsabilità delle pubbliche amministrazioni nell'ordinamento britannico possono vedersi L. Wilder, *L'esperienza dell'Inghilterra*, in D. Sorace (a cura di), *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*, Bologna, 1994, p. 285 ss.; R. Caranta, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione nel diritto inglese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, p. 513 ss.; P. Leyland, *Responsabilità in tort e Pubbliche Amministrazioni: ridefinizione dei limiti?*, in *Danno e resp.*, 2002, 4, p. 307 ss.; D. Fairgrive, M. Andenas, J. Bell (a cura di), *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Londra, 2002; D. Fairgrive, *State Liability in Tort. A Comparative Law Study*, New York, 2003; W. Wade, C. Forsyth, *Administrative*

L'interessato può inoltre ottenere dalle corti una tutela speciale attraverso la concessione di rimedi «di diritto pubblico», i *prerogative orders*. Come il loro nome suggerisce, in principio questi *orders* erano nella esclusiva disponibilità della Corona, che se ne avvaleva per controllare l'attività dell'esecutivo. Anche dopo la previsione della utilizzabilità di tali rimedi da parte dei privati per l'attivazione del controllo di legittimità dell'operato dei *public bodies*, dalla loro originaria ascrizione all'ambito della prerogativa regia discende oggi il loro carattere discrezionale, nel senso che prima di poter dare seguito al ricorso è previsto che l'istante debba ottenere un'autorizzazione (*permission* o *leave*) da parte della corte, aspetto alla cui concessione la legge riconosce un ampio margine di valutazione.

I *prerogative remedies* più rilevanti nell'ottica del presente studio sono il *quashing order*, il *prohibiting order* e il *mandatory order*¹⁹.

Con i primi due²⁰ l'interessato può attivare il sindacato di legittimità degli atti delle *inferior courts*, dei *tribunals* e delle autorità amministrative. Le corti e il Parlamento hanno progressivamente esteso l'area della esperibilità dei rimedi in parola, che possono essere proposti anche per il controllo della legittimità degli atti di soggetti formalmente privati e non istituiti con legge, ma comunque costituenti «exercise of a public function»²¹. La differenza tra i due rimedi consiste nel fatto che con il *quashing order* il sindacato viene esercitato sull'atto già adottato che, se ritenuto illegittimo, viene annullato dalla corte, mentre con il *prohibiting order* viene inibita, in via preventiva, l'adozione di atti illegittimi.

Il *mandatory order*²² consiste nell'ordine di compiere un certo atto o di adottare un determinato comportamento dovuti per legge. L'inottempe-

Law, cit., p. 736 ss.; G. Recchia, *La responsabilità della pubblica amministrazione in diritto comparato e in diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 643 ss.; S. Arrowsmith, *Civil Liability and Public Authorities*, Winteringham, 1992; M.P. Chiti (a cura di), *Il controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa in Inghilterra*, Milano, 1983; Id. (a cura di), *Cittadino e potere in Inghilterra*, Milano, 1990; M. Andenas, D. Fairgrieve, *Misfeasance in Public Office, Governmental Liability, and European Influence*, in *Intern. and Comp. Law Quart.*, 2002, n. 51, p. 757 ss.

¹⁹ Prima del Civil Procedure (Modification of Supreme Court Act 1981) Order 2004 denominati, rispettivamente, *certiorari*, *prohibition* e *mandamus*.

²⁰ Sul *certiorari* e la *prohibition* possono vedersi S.A. De Smith, H. Woolf, J. Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, cit., p. 702 ss.; H.W.R. Wade, C.F. Forsyth, *Administrative Law*, cit., p. 602 ss.; C. Lewis, *Judicial Remedies in Public Law*, cit., p. 224 ss.; P. Leyland, *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, Torino, 2005, p. 155; F. De Franchis, *Dizionario giuridico. Law Dictionary*, 1996, Milano, *ad voces*, p. 440 ss. e p. 1204 ss.

²¹ Secondo la formula utilizzata dalla part 54.1(2)(a) delle Civil Procedure Rules. Il *leading case* è costituito da *R. v. Panel on Takeovers and Mergers, ex p. Datafin* [1987] 1 All ER 564; [1987] QB 815.

²² Sul *mandamus* vedi S.A. De Smith, H. Woolf, J. Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, cit., p. 699 ss.; H.W.R. Wade, C.F. Forsyth, *Administrative Law*, cit., p. 615 ss.; C. Lewis, *Judicial Remedies in Public Law*, cit., p. 228 ss. Cfr. F. De Franchis, *Dizionario giuridico*, cit., *ad vocem*, p. 988.

ranza a detto ordine può essere sanzionata per oltraggio alla corte attraverso la irrogazione di una misura pecuniaria o, addirittura, detentiva²³.

In caso di annullamento dell'atto impugnato, il Tribunals, Court and Enforcement Act ha previsto che il giudice, invece di rimettere la questione all'organo autore dell'atto, possa sostituire la propria decisione a quella annullata. A quest'ultimo fine è però necessario che la decisione impugnata provenga da una corte o da un *tribunal*, che il suo annullamento sia disposto a seguito dell'accertamento di un errore di diritto e che senza quell'errore non ci sarebbe stata altra decisione possibile al di fuori di quella presa dal giudice²⁴.

I due gruppi di rimedi sopra indicati, come si vedrà, non sono del tutto fungibili, dal momento che le corti mostrano una chiara preferenza, al fine della sottoposizione dell'azione amministrativa al sindacato giurisdizionale di legittimità, per l'esperimento dei *prerogative remedies*.

Il procedimento previsto in via generale per l'esercizio di tale sindacato è, come accennato, il *judicial review*, la cui disciplina fu introdotta nel 1977 con l'emanazione dell'Order 53 delle Rules of the Supreme Court (e dunque con una semplice riforma del regolamento di procedura della Supreme Court). Le sue disposizioni furono successivamente trasfuse nella sez. 31 del Supreme Court Act 1981 e nella part 54 delle Civil Procedure Rules.

La procedura si svolge, in primo grado, dinnanzi alla High Court e, all'interno di essa, alla Administrative Court, che costituisce una articolazione specializzata della Queen's Bench Division. Il sindacato di legittimità degli atti delle pubbliche amministrazioni non è condotto dunque da un giudice speciale, ma una sezione specializzata del giudice comune, che segue una procedura speciale. Avverso le sentenze emesse dalla Administrative Court è ammesso appello davanti alla Court of Appeal, le cui decisioni possono essere poi impuginate in ultimo grado di fronte alla Supreme Court of United Kingdom²⁵.

La proposizione di un ricorso per *judicial review* non produce la sospensione automatica dell'atto impugnato. La part 25 delle Civil Procedure Rules, però, prevede la possibilità che la corte disponga, in qualsiasi fase del procedimento (anche all'interno del *judicial review*), secondo le esigenze, una *interim injunction* o una *interim declaration*²⁶. Rispetto ai procedimenti per *judicial review*, poi, la part 54 delle CPR prevede la pos-

²³ *M. v. Home Office* [1994] AC 377 (relativa ad un *mandamus* emesso nei confronti di un funzionario della Corona); *R. v. Poplar Borough Council, ex p. London County Council (No. 2)* [1922] 1 KB 95 (relativa ad un *order* emesso nei confronti di un amministratore locale).

²⁴ TCEA 2007, sez. 141, che integra la sez. 31 del Supreme Court Act 1981.

²⁵ Come già avvertito, con l'attuazione del Constitutional Reform Act 2005 le funzioni giurisdizionali di ultima istanza della House of Lords sono passate alla neoinstituita Supreme Court of the United Kingdom.

²⁶ CPR, part 25.1(1)(a)(b).

sibilità che la corte emetta un ordine di sospensione (*stay*) del procedimento o della decisione impugnata²⁷.

Il sindacato giurisdizionale così sollecitato mira a verificare se la funzione pubblica sia stata esercitata *ultra vires*, ovvero al di fuori dei limiti dei poteri conferiti dalla legge: l'attribuzione di un potere da parte del Parlamento ad un corpo amministrativo, infatti, non può essere intesa (dall'amministrazione come dal giudice) come autorizzazione ad agire illegalmente o irragionevolmente.

Le possibili manifestazioni dell'esercizio *ultra vires* della funzione pubblica costituiscono i *grounds* del *judicial review* e sono state catalogate da Lord Diplock in una nota sentenza²⁸ nella *illegality*²⁹, nella *irrationality*³⁰

²⁷ CPR, part 54.10(2). Tradizionalmente, la tutela cautelare incontrava significative limitazioni nei procedimenti giurisdizionali in cui fosse parte la Corona, nei cui riguardi, ai sensi della sez. 21(1)(a)(b) del Crown Proceedings Act 1947, sarebbe adottabile solo «an order declaratory of the rights of the parties». Dalla lettera della disposizione la giurisprudenza traeva l'esclusione di altri rimedi, quali le *injunctions*, fondati su una delibazione provvisoria, e dunque ancora controvertibile, del contenuto delle situazioni dedotte in giudizio (*International General Electric Co. Of New York Ltd. v. Customs and Excise Commissioners* [1962] Ch. 784; *Underhill v. Ministry of Food* [1950] 1 All ER 591; *R. v. Inland Revenue Commissioners, ex p. Rossminster Ltd.* [1980] AC 952, per Lord Scarman al par. 1027; *Hoffmann-La Roche & Co. v. Secretary of State for Trade and Industry* [1975] AC 295). L'argomento è definitivamente superato a partire dal *judgement* del giudice Hodgson nel caso *Herbage (R. V. Secretary of State for the Home Department, ex p. Herbage* [1986] 3 All ER 209; vedi anche *R. v. Licencing Authority, ex p. Smith Kline (No. 2)* [1990] 1 QB 574, per Lord Woolf e Lord Taylor), secondo cui la sez. 21 del Crown Proceedings Act non potrebbe trovare applicazione ai procedimenti per *judicial review* intrapresi ai sensi dell'Order 53 (oggi, part 54 delle CPR), atteso che, per espressa disposizione della sez. 38 della stessa legge, il concetto di *civil proceedings*, cui fa anche riferimento la sez. 21, «includes proceedings in the High Court or the county court for the recovery of fines or penalties, but does not include proceedings on the Crown side of the King's Bench Division». Dovendo il *judicial review* essere proposto davanti alla King's (Queen's) Bench Division, alla stessa procedura non potrebbero applicarsi le limitazioni di cui alla sez. 21 del Crown Proceedings Act. La concedibilità di misure cautelari nei giudizi contro la Corona è stata definitivamente affermata in *R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame Ltd. (No. 2)* [1991] 1 AC 603.

²⁸ *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] A.C. 374.

²⁹ Con Lord Diplock, in *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, cit., par. 408: «by 'illegality' as a ground for judicial review I mean that the decision-maker must understand correctly the law that regulates his decision-making power and must give effect to it. Whether he has or not is par excellence a justiciable question to be decided in the event of dispute, by those persons, the judges, by whom the judicial power of the state is exercisable».

³⁰ Sempre con Lord Diplock, nella sentenza ult. cit.: «'irrationality' [...] applies to a decision which is so outrageous in its defiance of logic or of accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it».

e nella *procedural impropriety*³¹. Nel suo *judgement*, il Law Lord presagì l'estensione dei *grounds* del *judicial review* in virtù della introduzione, quale criterio di sindacato dell'azione amministrativa, del principio di proporzionalità, ampliamento che si è poi verificato, trovando una base legale nella entrata in vigore dello Human Rights Act 1998³².

2.2 Una tutela condizionata

In un ordinamento che non conosce giudici speciali per la trattazione delle controversie relative alla legittimità dell'azione della pubblica amministrazione non si pone, ovviamente, questione di riparto di giurisdizione. La disponibilità dei due ordini di rimedi giurisdizionali di cui si è detto e la previsione di una procedura speciale per la proposizione del ricorso volto ad ottenere l'emissione di un *prerogative order*, però, pongono il cittadino di fronte alla necessità di scegliere, tra le diverse tutele (e procedure) in astratto disponibili, quella più adatta al caso concreto.

Prima della emanazione dell'Order 53 cui sopra si è fatto cenno, questa situazione poneva spesso il ricorrente di fronte a scelte imbarazzanti: ciascun rimedio, che poteva essere richiesto solo attraverso lo specifico *writ* previsto per la sua proposizione, era retto da una propria disciplina processuale, a volte incompatibile con quella degli altri strumenti di tutela, il che costringeva l'interessato a decidere subito la strategia processuale da seguire, compromettendosi la possibilità di coltivare altre possibili opzioni difensive³³.

Con l'introduzione, per opera dell'Order 53, dello strumento generale dell'*application for judicial review*, molte delle rigidità del passato furono superate mediante il riconoscimento della possibilità di utilizzare l'*application* per l'introduzione, anche in via cumulativa, di tutti i rimedi (*prerogative* e *non prerogative*) visti sopra e per la richiesta di condanna alla restituzione o al rimborso di somme o al risarcimento dei danni (che però non può essere formulata indipendentemente da un *prerogative* o un *non prerogative relief*)³⁴.

³¹ La *procedural impropriety*, concetto ignoto alla giurisprudenza britannica fino alla citata sentenza *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, fu inserita da Lord Diplock nel catalogo dei *grounds* del *judicial review* quale categoria di vizi tale da ricomprendere, oltre alla violazione delle regole scaturenti dal principio di *natural justice* (*no man is to be judged unheard; no man is permitted to be judge in his own cause*), anche l'inosservanza di procedure ritenute inderogabili dalla legge (c.d. *mandatory conditions*).

³² *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Daly* [2001] 3 All ER 433; *R. (Prolife Alliance) v. BBC* [2002] 2 All ER 756; *R. v. British Broadcasting Corporation, ex p. Prolife Alliance* [2003] UKHL 23; [2003] 2 WLR 1403. In dottrina, R. Thomas, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Oxford, 2000, p. 99 ss.

³³ H.W.R. Wade, C.F. Forsyth, *Administrative Law*, cit., p. 560.

³⁴ Cfr. R.S. Dexter, *O'Reilly v. Mackman: Further confusion in judicial review*, in *Liverpool L.R.*, 1983, vol. 5, 2, p. 187 ss.

L'indubbia semplificazione dell'accesso alla tutela giurisdizionale determinata dall'Order 53, peraltro, non risolve tutte le rigidità del sistema.

Per l'instaurazione del procedimento di *judicial review*, il ricorrente, come si è visto, deve chiedere alla corte un'autorizzazione alla proposizione del giudizio, denominata *leave* dalla sez. 31(3) del Supreme Court Act e *permission* dalle Civil Procedure Rules.

L'istanza di autorizzazione deve essere proposta entro un termine di decadenza, la cui disciplina è posta in termini non univoci dai due testi normativi.

Ai sensi delle Civil Procedure Rules³⁵, la domanda deve essere proposta sollecitamente (*promptly*) e comunque entro tre mesi dalla prima emersione delle ragioni di illegittimità che si intende denunciare. Il termine non può essere esteso per accordo delle parti ed è comunque fatto salvo il termine più breve che sia eventualmente contemplato dalla legge per l'impugnazione di uno specifico atto. Nonostante la disposizione faccia riferimento non al momento dell'adozione dell'atto ma a quello del sorgere dei motivi di illegittimità, la scarsa giurisprudenza che si è confrontata con il problema specifico del *dies a quo* della decorrenza del termine decadenziale non ha potuto fare altro che attribuire rilievo al momento della adozione della decisione da cui deriva l'incisione della sfera giuridica dei destinatari³⁶.

Il Supreme Court Act³⁷, invece, non indica con precisione il termine per la proposizione del ricorso, ma lascia alla corte ampia discrezionalità nella concessione del *leave*, che può essere rifiutato nel caso in cui, a giudizio della corte, l'*application* sia stata presentata con un ritardo ingiustificato (*undue delay*) e il suo corso possa arrecare pregiudizi ai diritti di terzi o all'interesse pubblico (*good administration*).

La combinazione delle due disposizioni ha portato la giurisprudenza a concludere che il ricorso può essere ritenuto tardivo, in quanto non proposto sollecitamente (*promptly*), ancorché il termine di tre mesi sia stato rispettato³⁸, laddove la corte ritenga che il rimedio richiesto recherebbe pregiudizio a terzi, che abbiano eventualmente confidato sulla validità dell'atto impugnato ed abbiano di conseguenza sostenuto delle spese, o alla «buona amministrazione»³⁹.

³⁵ CPR, part 54(5).

³⁶ Cfr. ad es. *Crichton v. Wellinborough Borough Council* [2002] EWHC 2988 (Admin.), [2004] Env LR 11; *R. (on the application of Burkett and another) v. Hammersmith and Fulham London Borough Council* [2002] UKHL 23.

³⁷ SCA 1981, sez. 31.

³⁸ Cfr. *Re Friends of the Earth Ltd.* [1988] JPL 93; *R. v. Costwold District Council, ex p. Barrington Parish Council* [1997] 75 P&CR 515, at 523.

³⁹ Come nei casi *R. v. Independent Television Commission, ex p. TV NI Ltd.* [1991] in *The Times*, 30 December; *R. v. Rochdale Metropolitan Borough Council, ex p. B* [2000] Ed CR 117, 120.

La corte investita dell'istanza di *permission* gode dunque di ampia discrezionalità in relazione al rilascio della autorizzazione che costituisce condizione di procedibilità della *application*⁴⁰.

Un filtro come quello appena descritto limita significativamente l'accesso alla tutela giurisdizionale e spiega perché non di rado il ricorrente preferisce evitare l'attivazione del *judicial review* e agire per l'emissione di un *non prerogative remedy* attraverso un procedimento ordinario.

A tutto ciò si aggiunga che tradizionalmente il *judicial review* è caratterizzato da una procedura piuttosto sommaria, che pone serie limitazioni all'accesso del ricorrente ai documenti in possesso dell'amministrazione, così come sottopone al potere discrezionale della corte l'ammissione dell'assunzione della prova orale in contraddittorio sui fatti costituenti il fondamento della pretesa fatta valere in giudizio⁴¹.

2.3 *La procedural exclusivity*

Le considerazioni appena svolte spiegano le ragioni della centralità, nel dibattito giuridico d'oltremania, del problema della individuazione di criteri che consentano di stabilire con sufficiente certezza quando per una controversia debba necessariamente essere seguito il rito del *judicial review* e quando invece il giudizio possa essere introdotto con rito ordinario.

Il rischio della elusione del *judicial review*, e con esso delle istanze presidiate attraverso la previsione del potere discrezionale delle corti di dare accesso al giudizio, ha giustificato l'affermazione in via giurisprudenziale, a partire dalla importante sentenza *O'Reilly*, di una rigida distinzione tra rimedi giurisdizionali di diritto privato e rimedi di diritto pubblico e, più a monte, tra «private law rights, which might be vindicated in an ordinary action», e «rights under public law which look to judicial review for their remedy», cui consegue la sanzione di abuso del processo (*abuse of process*) per l'ipotesi della utilizzazione di un procedimento ordinario per instaurare una controversia «di diritto pubblico»⁴².

⁴⁰ Secondo T. Bingham, *Should Public Law Remedies Be Discretionary?*, in *Publ. L.*, 1991, p. 64 ss., sarebbe opportuno che la discrezionalità in sede di rilascio del *leave* fosse esercitata dalle corti con molta cautela. Cionondimeno, rimane il fatto che l'accesso ai *prerogative remedies* non costituisce un diritto per l'interessato, essendo sottoposto alla valutazione della corte: cfr. The Law Commission, *Remedies Against Public Bodies*, in <<http://www.lawcom.gov.uk/remedies.htm>>, p. 3.

⁴¹ Cfr. H.W.R. Wade, C.F. Forsyth, *Administrative Law*, cit., p. 654 ss.

⁴² *O'Reilly v. Mackman* [1983] 2 A.C. 237, per Lord Diplock. Il caso riguardava la remissione della pena in favore di alcuni detenuti. Ebbene, Lord Diplock spiegò che «under the Prison Rules remission of sentence is not a matter of right but of indulgence», con la conseguenza che i detenuti non potevano vantare nei confronti dell'amministrazione penitenziaria un «diritto» alla riduzione della pena, ma potevano, casomai, far valere una *legitimate expectation* all'osservanza di una prassi consolidata (*general practice*) favorevole alla concessione della remissione massima consentita dalle norme dei regolamenti penitenziari. Secondo il Law

Il discrimine venne fatto coincidere con il concetto di controversia (e, correlativamente, di situazione giuridica soggettiva) «di diritto pubblico», da cui consegue la necessità di distinguere quest'ultimo tipo di controversie da quelle di diritto privato (in cui viene fatto valere un «right of the plaintiff arising under private law»).

Secondo i giudici del caso *O'Reilly*, alla luce delle opportunità di tutela offerte dalla introduzione della *application for judicial review*, laddove l'unico scopo del ricorrente sia la invalidazione dell'atto amministrativo, lo strumento processuale che deve essere utilizzato è il *certiorari* (oggi *quashing order*) e non la *declaration*⁴³, mentre la proposizione di un *writ of declaration* per ottenere la dichiarazione della invalidità di un atto amministrativo al di fuori del *judicial review*, e dunque per eludere le regole di quest'ultima procedura, costituisce abuso del processo.

La decisione esprime dunque chiaramente la preferenza della giurisprudenza, tra le diverse azioni proponibili, per i *prerogative remedies*, ritenute le azioni più idonee ad introdurre il sindacato di legittimità dell'azione amministrativa, con conseguente ulteriore preferenza, tra le diverse procedure in astratto utilizzabili, per il *judicial review*, ovvero il procedimento appositamente concepito per l'esperimento di quelle azioni. Nell'opinione dominante, questi condizionamenti posti all'accesso alla tutela giurisdizionale non importerebbero sostanziale pregiudizio per la posizione del ricorrente proprio grazie all'ampliamento delle possibilità di tutela seguito alla introduzione della generale *application for judicial review*⁴⁴.

Lord, una posizione del genere non può però trovare tutela attraverso i rimedi privatistici, ma soltanto in sede di *judicial review* sull'attività amministrativa e tramite l'esperimento di un'azione finalizzata alla concessione di un *prerogative remedy*. Lo stesso ordine di considerazioni si legge in *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, nelle parole di Lord Fraser of Tullybelton: «even where a person claiming some benefit or privilege has no legal right, as a matter of private law, he may have a legitimate expectation of receiving the benefit or privilege, and, if so, the courts will protect his expectation by judicial review as a matter of public law». La questione si era già posta in *Heywood v. Hull Prison Board of Visitors* [1980] 3 All ER 594, in cui l'azione di *declaration* proposta fu respinta per abuso del processo perché, secondo la corte, gli attori avrebbero dovuto proporre la domanda con la procedura di *judicial review*. Su quest'ultima decisione, M. Sunkin, *Order 53: An Exclusive Procedure?*, in *Modern L.R.*, 1981, vol. 44, n. 6, p. 721 ss. In argomento può leggersi C. Lewis, *Judicial Review in Public Law*, cit., p. 101 ss.

⁴³ Sul punto può vedersi anche *Cocks v. Tanet District Council* [1983] 2 AC 266, in cui Lord Ridge spiegò che, anche se in termini astratti la dichiarazione della invalidità di un atto amministrativo può essere ottenuta tanto con un *certiorari* quanto con una *declaration*, nel mutato assetto normativo, che consente di esperire tutte le azioni disponibili in un unico giudizio, è il *certiorari* a costituire il rimedio più appropriato, e non può esservi ragionevole motivo per cui, quando sia richiesta la sola invalidazione dell'atto, dovrebbe utilizzarsi un altro strumento.

⁴⁴ Cfr. P.P. Craig, *Administrative Law*, Londra, 2003, p. 754 ss.; S.A. De Smith, H. Woolf, J. Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, cit., p. 765 ss. Per una

Quanto al criterio distintivo tra i due tipi di controversie prospettati dalla sentenza *O'Reilly*, la linea di demarcazione è stata spesso presupposta, più che compiutamente tracciata, dalla giurisprudenza, e sovente il «riparto» è stato impostato, più che sul tipo di situazione giuridica vantata dal ricorrente, sulla considerazione complessiva della tutela da quest'ultimo richiesta⁴⁵. La regola sancita nel caso citato è stata di volta in volta adattata alle singole fattispecie. Dalla casistica giurisprudenziale si può delineare, in via induttiva, un quadro dei criteri di riparto tra le due procedure⁴⁶.

Nella stessa sentenza *O'Reilly* fu precisato che la regola della c.d. *procedural exclusivity*⁴⁷, ovvero del necessario esperimento del *judicial review*, non trova applicazione laddove l'invalidità dell'atto emerga quale questione incidentale (*collateral issue*) in un giudizio per violazione di una posizione giuridica di diritto privato⁴⁸. Nel caso in cui sia chiesta una tutela solo «privatistica» (ad es. una condanna al risarcimento del danno), quindi, è consentita l'instaurazione di un procedimento ordinario, e dunque al di fuori della procedura per *judicial review*, anche qualora per la concessione del rimedio sia necessario l'accertamento incidentale della invalidità di una decisione amministrativa⁴⁹.

Così, nel caso *Roy*⁵⁰, in presenza di situazioni soggettive tutelabili esclusivamente sul terreno del diritto privato, anche se per la definizione del giudizio si rendeva necessario risolvere una questione incidentale riguardante la validità di un atto, la proposizione di un procedimento per *judicial review* fu ritenuta non necessaria perché la parte potesse chieder-

rassegna dei casi più recenti, si può vedere R. Bateson, *Procedural Exclusivity: What Happened to Clark?*, in *Judicial Review*, 2004, p. 140 ss.

⁴⁵ Cfr. C.F. Forsyth, *Beyond O'Reilly v. Mackman: The Foundations and Nature of Procedural Exclusivity*, in *Camb. L.J.*, 1985, p. 427, che ritiene che la definizione secondo cui il diritto privato regola i rapporti dei privati tra di loro e il diritto pubblico regola i rapporti tra i singoli e l'autorità non porti molto lontano; J. Alder, *Hunting the Chimera – The End of O'Reilly v. Mackman?*, *Legal Studies*, 1993, July 13, p. 183 ss.; B. Marchetti, *Il collateral challenge come strumento di impugnazione indiretta dell'atto amministrativo illegittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, p. 80 ss.

⁴⁶ Cfr. P.P. Craig, *Administrative Law*, cit., p. 764 ss.

⁴⁷ La definizione è di C.F. Forsyth, *Beyond O'Reilly v. Mackman*, cit., p. 415 ss.

⁴⁸ Cfr. C. Emery, *Collateral Attack – Attacking Ultra Vires Action Indirectly in Courts and Tribunals*, in *Modern L.R.*, 1993, vol. 56, 5, p. 643 ss.; B. Marchetti, *Il collateral challenge*, cit., p. 46 ss.

⁴⁹ Quale ad es. il rispetto delle regole del procedimento elettorale in un caso in cui il ricorrente era stato accusato di negligenza nello svolgimento dell'ufficio di scrutatore: *Gough v. Local Sunday Newspapers (North) Limited* [2003] 1 WLR 1836. Cfr. M. Supperstone, J. Goudie, P. Walker, *Judicial Review*, cit., p. 84 ss. e i casi ivi citati.

⁵⁰ *Roy v. Kensington and Chelsea and Westminster Family Practitioner Committee* [1992] 1 AC 624.

re il risarcimento dei danni. La House of Lords stabilì che il ricorrente è tenuto a seguire la procedura del *judicial review* soltanto qualora motivi del ricorso risiedano sul diritto pubblico e non su altri terreni, ovvero se il ricorso sia fondato soltanto sulla validità o la legittimità degli atti o delle omissioni della pubblica amministrazione e se l'azione non sia finalizzata alla tutela di una situazione derivante dal diritto privato⁵¹. Analoghe considerazioni sono alla base di successive decisioni⁵².

La instaurazione di un procedimento per *judicial review* è poi richiesta laddove la sola tutela possibile per il ricorrente sia l'invalidazione dell'atto dell'amministrazione.

La giurisprudenza ha poi precisato che la improcedibilità dell'azione intrapresa con procedimento ordinario deve essere eccepita dalle parti resistenti, pena il mantenimento del giudizio in quelle forme⁵³. Dal canto suo, la parte convenuta in un giudizio ordinario può sempre eccepire l'invalidità di un atto amministrativo, qualora tale eccezione sia necessaria per paralizzare l'iniziativa dell'attore⁵⁴.

La decisione ultima circa la corretta instaurazione del giudizio compete, ovviamente, alla corte, chiamata a verificare se l'iniziativa del ricorrente, che abbia eventualmente proposto la propria domanda al di fuori del *judicial review*, non integri gli estremi dell'abuso del processo. A tal fine, il giudice è chiamato ad effettuare una prognosi postuma sui margini di discrezionalità che la corte avrebbe avuto nella concessione del *leave*: ove tale giudizio prognostico evidenziasse la totale assenza di discrezionalità, tale esito potrebbe essere ritenuto un buon indice del fatto che l'azione poteva essere proposta anche con procedura ordinaria⁵⁵.

Secondo la giurisprudenza⁵⁶, nei casi dubbi l'azione dovrebbe essere proposta nelle forme del *judicial review*.

⁵¹ Con Lord Bridge of Harwich: «it is appropriate that an issue which depends exclusively on the existence of a purely public law right should be determined in judicial review proceedings and not otherwise. But where a litigant asserts his entitlement to a subsisting right in private law, whether by way of claim or defence, the circumstance that the existence and extent of the private right asserted may incidentally involve the examination of a public law issue cannot prevent the litigant from seeking to establish his right by action commenced by writ or originating summons, any more than it can prevent him from setting up his private law right in proceedings brought against him».

⁵² Cfr. ad es. *Lonhro plc. v. Tebbit* [1992] 4 All ER 280; *Chief Adjudication Officer v. Foster* [1993] AC 754; *Mercury Communications Limited v. Director General of Telecommunications* [1996] 1 WLR 48.

⁵³ La regola, già stabilita nella sentenza *O'Reilly*, è stata confermata in *Gillick v. West Norfolk and Welbeck Area Health Authority* [1986] AC 112.

⁵⁴ *Wandsworth London Borough Council v. Winder* [1985] AC 46.

⁵⁵ P.P. Craig, *Administrative Law*, cit., p. 764 ss.

⁵⁶ *Trustees of the Dennis Rye Pension Fund v. Sheffield City Council* [1998] 1 WLR 840, per Lord Woolf.

2.4 I limiti posti alla conversione del rito

Il rigore delle conseguenze della regola della *procedural exclusivity* trova parziale temperamento nella previsione della possibilità della conversione del rito.

La possibilità che un'azione inizialmente intrapresa secondo le forme del *judicial review* sia proseguita con rito ordinario (ad es. perché il rito speciale era stato erroneamente attivato dal ricorrente, ovvero perché dopo la soluzione delle questioni preliminari residui, quale unico profilo veramente controverso, quello relativo al diritto al risarcimento del danno) è risolta dalla disposizione contenuta nella part 54(20) delle Civil Procedure Rules, che appunto prevede che la corte possa consentire che una causa iniziata secondo il rito del *judicial review* prosegua come se fosse stata instaurata fin dall'inizio in forme ordinarie, dando le opportune direttive per il successivo svolgimento del giudizio.

Maggiori difficoltà si incontrano nell'ipotesi inversa. In vero, il paragrafo 20 della part 54 (rubricato «transfer»), coordinata con la relativa *Practice Direction*⁵⁷ consente una limitata possibilità di conversione del giudizio ordinario nella procedura per *judicial review* davanti alla Administrative Court.

Tale possibilità, però, non può essere utilizzata per eludere le condizioni per la concessione del *leave*⁵⁸. Quest'ultimo limite è rinvenibile nella stessa *rule* 54, che al par. 4 chiaramente dispone che «the court's permission to proceed is required in a claim for judicial review whether started under this Section or transferred to the Administrative Court». Dunque, anche in caso di trasferimento alla Administrative Court, l'istanza deve comunque ottenere il *leave*.

La corte può concedere il *leave* anche qualora l'azione ordinaria sia stata proposta oltre il termine trimestrale stabilito dalla *rule* 54(5). La decisione è comunque rimessa alla discrezionalità dell'organo giudicante, che può determinarsi nel senso della autorizzazione solo ricorrendo le condizioni della sez. 31 del Supreme Court Act, già viste sopra, ovvero che il giudizio non arrechi pregiudizi ai diritti di terzi o alla «good administration».

3. La tutela non giurisdizionale: gli administrative tribunals

3.1 L'importanza dei tribunals come substantial part of the system of justice

Per avere un quadro sufficientemente completo del sistema britannico di giustizia amministrativa, però, non ci si può limitare alla sola con-

⁵⁷ Le Practice Directions sono le norme di attuazione delle disposizioni contenute nelle Civil Procedure Rules. La PD 14(2), relativa alla *rule* 54(20) delle CPR, stabilisce che «in deciding whether a claim is suitable for transfer to the Administrative Court, the court will consider whether it raises issues of public law to which Part 54 should apply».

⁵⁸ M. Supperstone, J. Goudie, P. Walker, *Judicial Review*, cit., p. 82, p. 481 ss., p. 490 ss., p. 504 ss.

siderazione del sindacato svolto dalle corti attraverso il *judicial review* dell'azione amministrativa.

Se si parte dall'idea che quest'ultima procedura costituisce il modo «ordinario» di svolgimento del sindacato di legittimità dell'attività delle amministrazioni pubbliche, si potrebbe affermare che la tutela nei confronti dei *public bodies* britannici presenta profili di specialità di dimensione «sistemica», ove si tenga presente il fondamentale ruolo svolto dagli *administrative tribunals*⁵⁹, che a ben vedere, assorbendo la mole più cospicua di contenzioso tra il cittadino e la pubblica amministrazione, costituiscono la vera chiave della funzionalità complessiva del sistema delle tutele⁶⁰.

Si tratta di organismi istituiti, con denominazione non sempre univoca⁶¹, direttamente dalla legge per la soluzione di controversie (tra cittadino e pubblica amministrazione, ma in qualche caso anche tra privati) in specifiche materie. Le ragioni che spingono il legislatore alla istituzione di un *tribunal* e a preferire questo strumento a quello costituito dal giudizio di fronte alle corti risiedono usualmente nella maggiore speditezza ed informalità della procedura, nei più contenuti costi per le parti, nella specializzazione dei componenti del collegio dell'organo⁶².

⁵⁹ Sulle origini, la storia, la struttura dei *tribunals*, la loro composizione, la procedura da essi seguita, i principi di *openness, fairness, impartiality* che tali organi sono tenuti ad osservare, si veda R.E. Wraith, P.G. Hutchesson, *Administrative Tribunals*, Londra, 1973, *passim*, e in partic. p. 131 ss. Sull'argomento, oltre agli autori citati oltre, possono vedersi anche R.W. Rawlings, *I Tribunali Amministrativi e le Corti. Continuità ed evoluzione: da Donoughmore a Justice via Frank*, in AA.VV., *Il controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa in Inghilterra*, Milano, 1983, p. 51 ss.; House of Commons (Chairman O.S. Franks), *Administrative Tribunals and Inquiries: Report of the Committee* (noto anche come *Franks Report*), in *Cmnd*, 218 (1957).

⁶⁰ Per avere un'idea indicativa dell'importanza del ruolo dei *tribunals*, si può considerare che, a fronte di un numero annuo approssimativo di 5.000 istanze di *permission* per l'introduzione di un procedimento per *judicial review* (di cui circa i due terzi in materia di immigrazione: cfr. A. Horne, G. Barman, *Judicial Review: A Short Guide to Claims in the Administrative Court*, House of Commons Library – Research Paper 06/44, 28 settembre 2006, in <<http://www.parliament.uk/commons/lib/research/rp2006/rp06-044.pdf>>, p. 47 ss.), il numero dei casi trattati annualmente dall'insieme degli *administrative tribunals* negli ultimi tempi ammonta a circa 600.000 (cfr. Tribunals Service, *Annual Report and Accounts 2008-09*, 16 luglio 2009, in <<http://www.official-documents.gov.uk/document/hc0809/hc05/0599/0599.pdf>>, p. 8). La stima cresce se si estendono i confini della categoria degli *administrative tribunals*: così non manca chi ritiene che i *tribunals* nel complesso giungano a trattare qualcosa come un milione di casi all'anno (M. Partington, *The Future of Tribunals*, in *Legal Action*, maggio 1993, p. 9; R. Carnwath, *Tribunal Justice – A New Start*, in *Publ. L.*, 2009, p. 48).

⁶¹ Si parla di *tribunals*, di *commissions*, di *committees*, di *authorities*: vedi P.P. Craig, *Administrative Law*, cit., p. 249 ss.

⁶² H.W.R. Wade, C.F. Forsyth, *Administrative Law*, cit., p. 907 ss.; G. Richardson, H. Genn, *Tribunals in Transition: Resolution or Adjudication?*, in *Publ. L.*, 2007, p. 116 ss.

Peraltro, sebbene la nascita del modello risalga alla prima metà dell'800, in piena rivoluzione industriale⁶³, il momento storico di maggiore diffusione dei *tribunals* coincise con l'affermazione del *welfare state* e con la conseguente espansione delle funzioni di prestazione a carico dei *public bodies*: molte controversie relative al riconoscimento di *status* o del possesso dei titoli per godere di benefici e prestazioni sociali (ad esempio in materia di trattamento pensionistico, indennità di disoccupazione, accesso alle prestazioni del servizio sanitario, cure mentali, canoni di locazione agevolati, permessi di soggiorno per stranieri, prestazioni del servizio scolastico etc.) furono attribuite alla cognizione dei *tribunals* a causa dell'atteggiamento conservatore mantenuto in materia dalle corti ordinarie⁶⁴.

Il successo dei *tribunals* nel sistema giuridico britannico è stato tale da determinare una notevole proliferazione di questi organismi: pur con le incertezze dovute alla diversità dei criteri utilizzati dai diversi autori nella definizione dei confini della categoria, già nel 1969 si contavano più di duemila tribunali soggetti alle disposizioni del Tribunal and Inquiries Act, che nel 1958 era intervenuto a dettarne una disciplina più organica.

Evidentemente, il fatto di essere istituiti con leggi *ad hoc* ha determinato un elevato grado di eterogeneità nella disciplina dell'organizzazione (ad esempio, in relazione alla composizione monocratica o collegiale dell'organo, alla presenza di componenti togati e tecnici e così via), ma anche del funzionamento e della stessa natura dei poteri esercitati da ciascun *tribunal*.

Quanto alle funzioni, la dottrina britannica propende in prevalenza per il loro carattere giustiziale: il fatto che i *tribunals* siano chiamati «amministrativi» non significherebbe necessariamente che le loro funzioni debbano ritenersi oggettivamente amministrative. Al contrario, la natura giustiziale delle funzioni dei *tribunals* discenderebbe dal fatto che essi sono istituiti direttamente da *acts* del Parlamento (che di volta in volta definiscono l'ambito della loro competenza), e non in via amministrativa; dalla previsione che essi decidano secondo diritto (e anche quando si riconoscono loro margini di discrezionalità, si tratterebbe della stessa discrezionalità nell'interpretazione del diritto di cui gode il giudice); dalla garanzia della loro indipendenza funzionale dall'apparato ministeriale⁶⁵.

Non mancano peraltro organi, in certi casi anche definiti *tribunals* dalle relative leggi istitutive, le cui funzioni sono pacificamente consi-

⁶³ Cfr. C. Stebbings, *Legal Foundations of Tribunals in Nineteenth Century England*, New York, 2006, p. 3 ss.

⁶⁴ Cfr. P.P. Craig, *Administrative Law*, cit., p. 249 ss.

⁶⁵ Cfr. H.W.R. Wade, *Diritto amministrativo inglese*, Milano, 1969, p. 338; S.A. De Smith, H. Woolf, J. Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, cit., p. 34 ss.; P.P. Craig, *Administrative Law*, cit., p. 249 ss.; H.W.R. Wade, C.F. Forsyth, *Administrative Law*, cit., p. 909 ss. Si veda anche il *Franks Report*, cit., secondo il quale «tribunals should properly be regarded as machinery provided by Parliament for adjudication rather than as a part of the machinery of administration» (p. 9).

derate di amministrazione attiva: si parla in questi casi di *policy oriented tribunals*⁶⁶.

Al di fuori dei casi da ultimo citati, non si può comunque negare la circostanza che gli organi di cui si discute partecipino alla amministrazione della giustizia, svolgendo funzioni di risoluzione delle controversie, pur se al di fuori della organizzazione delle corti⁶⁷.

Generalmente, a questi organi è affidato il compito di risolvere controversie decidendo secondo diritto⁶⁸, mediante atti di *adjudication*⁶⁹, accertando i fatti ed applicando ad essi il diritto in modo imparziale, senza soggiacere agli indirizzi dell'esecutivo⁷⁰. Nello svolgimento di questa funzione, i *tribunals* sono soggetti, oltre che alle regole procedurali per essi specificamente stabilite dalla legge, come il *Tribunals and Inquiries Act* del 1992⁷¹, anche al generale principio di *natural justice*, la cui inosservanza può essere conosciuta dalle corti in sede di *judicial review*⁷², sindacato al quale le decisioni dei *tribunals* possono essere generalmente sottoposte⁷³.

3.2 *Il Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*

Con il *Tribunals, Courts and Enforcement Act* del 2007 il legislatore britannico ha compiuto un passo senza precedenti nell'intento della razionalizzazione del sistema degli *administrative tribunals* e della sua integrazione nel più generale quadro della giustizia amministrativa del Regno Unito⁷⁴.

⁶⁶ È il caso ad es. della *Civil Aviation Authority*, del *Transport Tribunal*, della *Monopolies and Mergers Commission*: cfr. J.A. Farmer, *Tribunals and Government*, Londra, 1974; F. Cownie, A. Bradney, M. Burton, *English Legal System in Context*, Oxford, 2007, 4th ed., p. 73 ss.; B. Abel-Smith, R. Stevens, *In Search of Justice: Society and the Legal System*, Londra, 1968, p. 220 ss.

⁶⁷ La conclusione era già stata fatta propria dal *Franks Report* ed è stata recentemente ribadita dal *Leggatt Report* (secondo cui, nel loro insieme, i tribunals «costitute a substantial part of the system of justice in England and Wales»).

⁶⁸ H.W.R. Wade, *Diritto amministrativo inglese*, cit., p. 338 ss.

⁶⁹ P. Cane, *Administrative Law*, Oxford, 2004, p. 388; G. Richardson, H. Genn, *Tribunals in Transition: Resolution or Adjudication?*, cit., p. 117.

⁷⁰ H.W.R. Wade, C.F. Forsyth, *Administrative Law*, cit., p. 909 ss.

⁷¹ Che prevede, ad esempio, il diritto per l'istante di conoscere l'opinione della parte resistente prima dell'udienza, di esporre una propria rappresentazione dei fatti, di chiedere l'estensione del procedimento a terze parti e così via.

⁷² Cfr. S.A. De Smith, H. Woolf, J. Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, cit., p. 36 ss.

⁷³ H.W.R. Wade, C.F. Forsyth, *Administrative Law*, cit., p. 906.

⁷⁴ Per un resoconto delle novità apportate dal TCEA 2007 possono vedersi M. Macchia, *La riforma degli amministrative tribunals nel Regno Unito*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 209 ss.; G. Ligugnana, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa inglese: la riforma dei tribunals*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 432 ss.

3.2.1 *Il nuovo assetto organizzativo*

La novità più evidente tra quelle portate dalla nuova legge è senza dubbio costituita dal nuovo assetto organizzativo generale dei tribunali amministrativi.

L'*act* del 2007, in effetti, si segnala proprio perché costituisce la base legale per la più significativa potenziale riduzione del numero dei *tribunals* da cinquant'anni a questa parte: la sez. 30 del provvedimento attribuisce al Lord Chancellor il potere di riorganizzazione, mediante accorpamento, di molti dei *tribunals* esistenti, le cui funzioni possono essere trasferite con provvedimento dello stesso Lord Chancellor a due nuovi organi istituiti dalla stessa legge, il First-tier Tribunal e l'Upper Tribunal⁷⁵.

La legge dunque non istituisce tribunali a competenza generale, ma prevede la possibilità dell'accorpamento nei due nuovi organi delle competenze degli *administrative tribunals* di settore elencati nelle tabelle contenute nella Schedule 6 dell'*act*.

Gli elenchi non contemplano importanti *tribunals* come quelli competenti alla trattazione delle vertenze in materia di lavoro (gli *employment tribunals* e l'Employment Appeal Tribunal) e quello incaricato della soluzione delle controversie in materia di riconoscimento del diritto di asilo e di rilascio di titoli di soggiorno (Asylum and Immigration Tribunal), i quali però vengono espressamente richiamati in diverse disposizioni dell'*act* volte a uniformarne alcuni importanti profili organizzativi, non ultima quella che prevede la sottoposizione di tali organismi alla supervisione unica del Senior President of Tribunals.

Nondimeno, non si può sottovalutare il significato dell'operazione di razionalizzazione, avendo riguardo al considerevole numero (35) dei tribunali di cui si prevede l'accorpamento e alla rilevanza delle funzioni svolte da molti di essi.

La legge attribuisce comunque allo stesso Lord Chancellor il potere di emendare, con proprio *order*, la *schedule* 6, sopprimendo interi elenchi o i riferimenti a singoli tribunali in essi contenuti, ma anche aggiungendo tribunali alle liste⁷⁶. È dunque prevista la possibilità che il processo sia esteso ad altri *administrative tribunals* esistenti senza la necessità di una nuova legge del parlamento.

L'accorpamento dei tribunali amministrativi produce l'evidente vantaggio della omogeneizzazione della disciplina dell'organizzazione, che precedentemente era frammentata nelle singole leggi istitutive dei diversi *tribunals*.

Quanto alla composizione, tanto per il First-tier Tribunal quanto per l'Upper Tribunal, la legge⁷⁷ prevede una distinzione tra membri togati (*judges*) e laici (*other members*), la cui nomina segue percorsi di-

⁷⁵ TCEA 2007, sez. 3.

⁷⁶ TCEA 2007, sez. 37.

⁷⁷ TCEA 2007, sezz. 4 e 5.

stinti⁷⁸. In particolare, per essere nominati quali membri togati sono richiesti requisiti piuttosto rigorosi, quali la idoneità a ricoprire una carica giudiziaria per almeno cinque anni (sette per l'Upper Tribunal).

Il Lord Chancellor può, in accordo con il Senior President of Tribunals, dare disposizioni per l'organizzazione dei due *tribunals* e per la suddivisione dell'organico in *chambers* specializzate⁷⁹.

Sempre dal punto di vista strutturale, l'*act* del 2007 contiene una serie di disposizioni finalizzate nel loro insieme ad accrescere il grado di indipendenza del sistema dei tribunali amministrativi.

Fin dai tempi del Franks Report, quella dell'indipendenza strutturale è stata considerata una delle questioni di fondo del sistema degli *administrative tribunals*⁸⁰. La piena emancipazione dei tribunali dalle strutture ministeriali d'origine è stata da sempre ritenuta condizione essenziale per l'abbandono dell'atteggiamento di sospetto, nutrito anche dalle corti, nei confronti di questi organismi a causa della loro prossimità agli apparati burocratici dai quali provenivano le decisioni che gli stessi tribunali avrebbero dovuto sindacare e la definitiva considerazione dei *tribunals* come «an essential part of [the] justice system»⁸¹.

Già con l'istituzione, nell'aprile del 2006, del Tribunals Service, agenzia del Ministero della Giustizia, si era provveduto a sottrarre un numero significativo di *tribunals* al controllo dei rispettivi apparati ministeriali per ricondurli alla responsabilità dell'agenzia, secondo quanto già avvenuto per le corti, il cui supporto è assicurato da un'altra agenzia del Ministero della Giustizia, il Courts Service⁸².

⁷⁸ Sch. 2 e 3.

⁷⁹ TCEA 2007, sez. 7. Ad oggi presso il First-tier Tribunal sono state istituite quattro *chambers* (la Social Entitlement Chamber, la War Pensions and Armed Forces Compensation Chamber, la Health, Education and Social Care Chamber e la Tax Chamber), mentre presso l'Upper Tribunal sono tre le *chambers* già funzionanti (Administrative Appeals Chamber, Finance and Tax Chamber, Lands Chamber). La Social Entitlement Chamber del First-tier Tribunal conosce dei ricorsi nei confronti degli atti della Border and Immigration Agency adottati ai sensi dell'Immigration and Asylum Act 1999 solo riguardo all'Asylum Support, ovvero alle misure di sostegno, anche economico, adottate per consentire agli immigrati di fare fronte ai bisogni essenziali. La *chamber* non conosce quindi delle impugnazioni di atti in materia di diritto di asilo o di permesso di soggiorno, che sono devolute alla cognizione dell'Asylum and Immigration Tribunal. Cfr. Tribunals Service, *Annual Report and Accounts 2008-09*, cit.

⁸⁰ G. Richardson, H. Genn, *Tribunals in Transition: Resolution or Adjudication?*, cit., p. 119 ss.; M. Adler, A. Bradley, *The Case for Systematic Reform and the Establishment of a Unified Administrative Tribunal*, in M. Partington, *Leggatt Review of Tribunals, The Academic Seminar Papers*, Bristol, 2001.

⁸¹ Ricostruisce le tappe della transizione dei *tribunals* verso l'indipendenza e del conseguente mutare dell'atteggiamento delle corti nei confronti di questi organismi *Gillies v. Secretary of State for Work and Pensions* [2006] UKHL 2; [2006] 1 W.L.R. 781.

⁸² Sul punto G. Richardson, H. Genn, *Tribunals in Transition: Resolution or*

Il TCEA, poi, estende le garanzie di indipendenza stabilite dal Constitutional Reform Act 2005 per gli organi aventi funzioni giustiziali all'organo di vertice del sistema dei *tribunals*, ovvero al Senior President of Tribunals⁸³.

A quest'ultimo, nominato dalla Corona su proposta del Lord Chancellor⁸⁴, viene affidato il compito di presiedere il First-tier Tribunal e l'Upper Tribunal⁸⁵ e di garantire l'accessibilità della tutela, la correttezza, la speditezza e l'efficienza dei procedimenti, la competenza dei componenti dei diversi collegi, la capacità del sistema di rinnovarsi, elaborando tecniche innovative di risoluzione delle controversie⁸⁶.

Al Lord Chancellor, che nell'ordinamento britannico è responsabile dell'efficiente funzionamento delle corti e della loro indipendenza, il TCEA 2007 attribuisce il compito di assicurare l'efficienza complessiva del sistema dei *tribunals* (costituito dal First-tier Tribunal, dall'Upper Tribunal, dai *tribunals* competenti in materia di controversie di lavoro, dall'Asylum and Immigration Tribunal), assicurando ad esso tutto il supporto necessario⁸⁷.

Viene poi abolito il Council on Tribunals, organo consultivo istituito nel 1958, dopo la pubblicazione del *Franks Report*, il cui posto viene occupato dal nuovo Administrative Justice and Tribunals Council⁸⁸, composto dal Parliamentary Commissioner for Administration⁸⁹ e da altri membri (da dieci a quindici) di nomina governativa⁹⁰.

L'organo esercita una generale supervisione sull'intero sistema di giustizia amministrativa e rende consulenza al Lord Chancellor, ai competenti ministri di Scozia e Galles e al Senior President of Tribunals circa le iniziative necessarie per il miglioramento del sistema nel suo complesso in termini di equità, accessibilità ed efficienza⁹¹.

Esercita poi una vigilanza più mirata sul funzionamento dell'insieme e dei singoli *tribunals*, in relazione al quale esprime pareri su disposizioni vigenti o in corso di approvazione⁹². Qualsiasi iniziativa finalizzata alla introduzione o modifica di regole procedurali applicabili al First-tier

Adjudication?, cit., p. 121; M. Macchia, *La riforma degli amministrative tribunals nel Regno Unito*, cit., p. 223.

⁸³ TCEA 2007, sez. 1.

⁸⁴ La complessa procedura di nomina è analiticamente disciplinata nella Sch. 1 del TCEA 2007.

⁸⁵ TCEA 2007, sez. 3(4).

⁸⁶ TCEA 2007, sez. 2.

⁸⁷ TCEA 2007, sez. 39.

⁸⁸ TCEA 2007, sezz. 44 e 45.

⁸⁹ Su cui si veda *infra*.

⁹⁰ TCEA 2007, Sch. 7, pt. 1.

⁹¹ TCEA 2007, Sch. 7, pt. 2, par. 13.

⁹² TCEA 2007, Sch. 7, pt. 2, par. 14.

Tribunal o all'Upper Tribunal non può concludersi senza la consultazione del Council⁹³.

3.2.2 *Il sistema delle impugnazioni*

Con lo sforzo di riorganizzazione di cui si è appena sinteticamente dato conto, il legislatore britannico del 2007 ha definito un nuovo quadro, che vede gli *administrative tribunals* sempre più integrati nel sistema della giustizia amministrativa. Questa maggiore integrazione è confermata dalla disciplina dell'attività dei nuovi *tribunals*, chiaramente volta a creare inediti punti di collegamento funzionale tra questi e le corti, in un ordine di rapporti sempre meno ispirato alla logica gerarchica⁹⁴.

Questo intento traspare chiaramente dalla disciplina delle impugnazioni delle decisioni dei nuovi *tribunals* che, nel fare definitivamente ordine nella moltitudine di regole specifiche che prima reggevano la materia delle impugnazioni per ciascun tribunale⁹⁵, introduce diversi significativi punti di raccordo tra il sistema dei *tribunals* e le corti.

Il regime delle impugnazioni si articola essenzialmente nei due strumenti del riesame (*review*) e dell'appello (*appeal*).

Tanto il First-tier Tribunal quanto l'Upper Tribunal, dispongono di un generale potere di riesame delle proprie decisioni⁹⁶. Questo potere è esercitabile su impulso dell'interessato, ma il *tribunal* può attivarlo anche di propria iniziativa⁹⁷.

Alla luce delle risultanze dell'istruttoria, il *tribunal*, nell'esercizio del potere di riesame, può correggere eventuali irregolarità nella decisione, emendarne la motivazione o annullarla. In quest'ultimo caso, se il riesame è svolto dal First-tier Tribunal, questo può emettere una nuova decisione

⁹³ TCEA 2007, Sch. 7, pt. 3.

⁹⁴ R. Carnwath, *Tribunal Justice – A New Start*, cit., p. 57.

⁹⁵ Cfr. G. Ligugnana, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa inglese: la riforma dei tribunals*, cit., p. 447; S.A. De Smith, H. Woolf, J. Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, cit., p. 33 ss.; H.W.R. Wade, C.F. Forsyth, *Administrative Law*, cit., p. 915 ss.

⁹⁶ TCEA 2007, sezz. 9 e 10. Lo stesso *act* contempla peraltro significative eccezioni al potere generale di riesame: tale potere è escluso in una serie di casi indicati, rispettivamente, nelle sezz. 11 e 13, cui le sezz. 9(1) e 10(1) fanno rinvio. Si tratta, ad esempio, delle decisioni prese in materia di determinazione di indennizzo in base al Criminal Injuries Compensation Act 1995 e di deroghe al regime di protezione dei dati personali per ragioni di sicurezza nazionale ai sensi del Data Protection Act 1998. Non può inoltre essere riesaminata la decisione del tribunale di procedere o non procedere al riesame di una precedente decisione, di adottare o non adottare atti alla luce di un precedente riesame, di annullare una precedente decisione e, per quanto riguarda il First-tier Tribunal, di rimettere o non rimettere una questione all'Upper Tribunal.

⁹⁷ TCEA 2007, sezz. 9(2) e 10(2). Le Tribunal Procedure Rules possono prevedere limitazioni e specifiche condizioni per il riesame.

ovvero rimettere la questione all'Upper Tribunal, il quale potrà adottare una decisione con gli stessi poteri del First-tier Tribunal; se è svolto dall'Upper Tribunal, quest'ultimo dovrà emettere una nuova decisione in luogo di quella annullata. In ogni caso, il *tribunal* precedente potrà svolgere tutte le verifiche di fatto ritenute opportune per l'adozione della nuova decisione⁹⁸.

Distinto dal riesame è l'appello all'Upper Tribunal, proponibile solo avverso le decisioni del First-tier Tribunal⁹⁹ e solo per motivi di legittimità («on any point of law») ¹⁰⁰. Condizione di proponibilità dell'appello è l'ottenimento della *permission* (o *leave*) da parte del First-tier Tribunal o dell'Upper Tribunal¹⁰¹, analogamente a quanto previsto per la proposizione di una istanza per *judicial review* di fronte all'Administrative Court della Queen's Bench Division.

Il legislatore si premura di specificare che l'Upper Tribunal investito dell'appello può annullare l'atto impugnato, ma non è tenuto a farlo¹⁰²: la legge attribuisce dunque al *tribunal*, anche dopo la concessione della *permission*, un potere discrezionale in relazione alla decisione del gravame.

Se l'Upper Tribunal si determina ad annullare l'atto impugnato, può rinviare al First-tier Tribunal per l'adozione delle determinazioni conseguenti, eventualmente impartendo le direttive procedurali ritenute opportune per l'adozione della nuova decisione (ad esempio in relazione all'esigenza che a decidere la questione non sia lo stesso collegio che ha adottato la decisione annullata), ma può anche trattenerne l'affare e provvedere esso stesso alla adozione della decisione, potendo in quest'ultimo caso esercitare tutti i poteri che sarebbero spettati al First-tier Tribunal ed effettuare tutte le verifiche di fatto ritenute opportune¹⁰³.

3.2.3 La centralità dell'Upper Tribunal nel nuovo sistema e i collegamenti con la tutela giurisdizionale

La previsione generale dell'appellabilità delle decisioni del First-tier Tribunal di fronte all'Upper Tribunal costituisce uno degli elementi che

⁹⁸ TCEA 2007, sezz. 9(4)-(8) e 10(4)-(6).

⁹⁹ Con le stesse esclusioni accennate in relazione al riesame: cfr. TCEA 2007, sez. 11(5) ss.

¹⁰⁰ Motivi di appello possono essere, ad esempio, le circostanze che «the tribunal did not apply the correct law or wrongly interpreted the law; the tribunal made a procedural error; the tribunal had no evidence, or not enough evidence, to support its decision; the tribunal did not give adequate reasons for its decision in his written statement of its reasons» (cfr. Tribunals Service – Upper Tribunal, *Appealing to the Administrative Appeals Chamber of the Upper Tribunal*, in <<http://www.administrativeappeals.tribunals.gov.uk/Documents/FormsGuidance/Forms/ExplanatoryNotesTrafficCommissioners.pdf>>).

¹⁰¹ TCEA 2007, sez. 11(3)(4).

¹⁰² TCEA 2007, sez. 12(2): «the Upper Tribunal – (a) may (but need not) set aside the decision of the First-tier Tribunal».

¹⁰³ TCEA 2007, sez. 12(2)-(4).

fanno di quest'ultimo il centro del nuovo sistema dei tribunali amministrativi britannici¹⁰⁴.

Dalla sua posizione di vertice, l'Upper Tribunal funge da cerniera tra il sistema dei tribunali delineato dal TCEA 2007 e le corti ordinarie. Diverse disposizioni della nuova disciplina, come si accennava, istituiscono momenti di collegamento funzionale tra i nuovi *tribunals* e il giudice ordinario, che si realizza, da un lato, attraverso la previsione dell'appellabilità dinnanzi alla Court of Appeal delle decisioni dell'Upper Tribunal e, dall'altro, nella possibilità che quest'ultimo si sostituisca alla High Court nell'esercizio del *judicial review* dell'attività amministrativa.

La centralità dell'Upper Tribunal è confermata dalla sua qualificazione come «superior court of record»¹⁰⁵, *status* che viene usualmente riservato ai collegi giudicanti posti al vertice della relativa gerarchia.

Dal fatto di essere *court of record* consegue l'obbligatorietà della verbalizzazione degli atti di tutti i procedimenti che si svolgono dinnanzi all'Upper Tribunal e della loro conservazione in archivi aperti alla consultazione¹⁰⁶.

La circostanza che la legge qualifichi un certo organo come *superior court of record* parrebbe poi implicare la non sottoponibilità delle sue decisioni a *judicial review*¹⁰⁷. In vero, una specifica proposta in questo senso, pur con l'avvertenza degli inconvenienti della introduzione di un regime differenziato per le decisioni dell'Upper Tribunal rispetto a quelle degli altri *appeal tribunals*, era già contenuta nel rapporto Leggatt¹⁰⁸.

Le decisioni dell'Upper Tribunal¹⁰⁹ possono essere appellate dinnanzi alla Court of Appeal per soli motivi di legittimità. Anche in questo caso è richiesta, come condizione di procedibilità dell'appello, la *permission* (o *leave*) che dev'essere rilasciata dall'Upper Tribunal o dalla stessa Corte d'Appello¹¹⁰.

Nel decidere l'appello, la corte gode degli stessi poteri che si sono già visti attribuiti all'Upper Tribunal in sede di appello avverso le decisioni del

¹⁰⁴ Sul punto R. Carnwath, *Tribunal Justice – A New Start*, cit., p. 56 ss.

¹⁰⁵ TCEA 2007, sez. 3(5).

¹⁰⁶ Cfr. G.T. Simonds (a cura di), *Halsbury's Law of England*, vol. 9, Londra, 1954, 3rd ed., p. 346 ss.

¹⁰⁷ In questo senso è in effetti orientata la giurisprudenza maggioritaria: cfr. *Re Racal Communications Ltd* [1981] A.C. 374 HL, per Lord Diplock (par. 384F); *R. v. Manchester Crown Court ex p. DPP* [1993] 1 W.L.R. 1524 HL, per Lord Browne-Wilkinson (par. 1528). La questione è lasciata aperta dalla Court of Appeal in *G v. Secretary of State for the Home Department* [2004] EWCA Civ 265; [2004] 1 W.L.R. 1349.

¹⁰⁸ A. Leggatt, *Tribunals for User, One System, One Service*, cit., parr. 6.31 e 6.32.

¹⁰⁹ Con le esclusioni già più volte indicate.

¹¹⁰ TCEA 2007, sez. 13(1)-(5). L'istanza di *permission* può essere proposta dinnanzi alla Court of Appeal soltanto se l'autorizzazione sia stata già negata dall'Upper Tribunal. Deve inoltre notarsi che il Lord Chancellor può, con proprio *order*, porre limitazioni specifiche al rilascio della *permission* (sez. 13(6)).

First-tier Tribunal. In particolare, è espressamente previsto che la corte non sia tenuta in ogni caso ad annullare la decisione impugnata¹¹¹ e che, qualora si determini all'annullamento, essa possa, anziché rimettere la questione all'Upper Tribunal (o al *tribunal* sul cui atto l'Upper Tribunal si sia pronunciato in sede di appello o riesame), adottare essa stessa una decisione, esercitando tutti i poteri spettanti all'Upper Tribunal (o al *tribunal* la cui decisione sia stata riformata dall'Upper Tribunal in sede di appello o riesame) e potendo in tal caso effettuare tutti gli accertamenti di fatto ritenuti opportuni¹¹².

Inoltre, come si è accennato, l'Upper Tribunal può esercitare la *judicial review* dell'attività amministrativa in luogo della High Court. Tale possibilità non sembra essere dettata soltanto da finalità deflattive del carico di lavoro delle corti ordinarie.

Il coinvolgimento del *tribunal* nell'esercizio del *judicial review* è invero ritenuta una importante opportunità per accrescere il grado di sensibilità del sindacato di legittimità in settori regolati da discipline altamente specialistiche, tanto da rendere preferibile che il collegio giudicante sia composto anche da membri dotati di specifica *expertise* tecnica¹¹³. In questi casi, l'apporto di conoscenza fornito dai membri non togati può essere assai significativo, anche se la legge sottolinea comunque l'esigenza che l'organo si mantenga fedele ai criteri e ai parametri di giudizio elaborati e seguiti dalla High Court, e dunque dalle corti ordinarie¹¹⁴.

Quanto ai poteri di tutela, la sez. 15 del TCEA prevede che l'Upper Tribunal possa concedere i rimedi usualmente adottabili dalle corti in sede di *judicial review*¹¹⁵ e inoltre condannare al risarcimento dei danni o alla restituzione di somme¹¹⁶.

La disciplina del procedimento per *judicial review* dinnanzi all'Upper Tribunal ricalca quella generale del sindacato sull'azione amministrativa condotto dalle corti.

Condizione di procedibilità del ricorso è che l'interessato ottenga la *permission* da parte dell'Upper Tribunal.

L'autorizzazione è subordinata a una serie di condizioni, che richiamano quelle stabilite per l'introduzione del ricorso di fronte alle corti ordinarie. In primo luogo, l'istante deve dimostrare di avere un interesse rilevante rispetto all'oggetto della domanda. Inoltre, l'istanza di *permission* deve essere presentata sollecitamente, dal momento che un ritardo eccessivo (*undue delay*) determina il rifiuto della autorizzazione da parte del *tribunal*. Infine, il tribu-

¹¹¹ TCEA 2007, sez. 14(2).

¹¹² TCEA 2007, sez. 14(4).

¹¹³ R. Carnwath, *Tribunal Justice – A New Start*, cit., p. 57 ss.

¹¹⁴ TCEA 2007, sez. 15(4).

¹¹⁵ Si tratta, come si ricorderà, del *mandatory order*, del *prohibiting order*, del *quashing order*, oltre che della *declaration* e della *injunction*: cfr. TCEA 2007, sez. 15(1).

¹¹⁶ TCEA 2007, sez. 16(6).

nale deve essere persuaso che la concessione del rimedio non determinerebbe pregiudizi sostanziali ai diritti di terzi o alla «buona amministrazione»¹¹⁷.

Analogamente a quanto stabilito dallo stesso Tribunal, Courts and Enforcement Act riguardo ai poteri decisorii delle corti in sede di *judicial review*, anche qualora il ricorso sia proposto dinanzi all'Upper Tribunal è previsto che quest'ultimo, ove si determini all'annullamento dell'atto impugnato, possa rimettere la questione all'organo che aveva adottato la decisione (con l'indicazione delle direttive per il riesercizio del potere) ovvero sostituire la propria decisione a quella annullata. A quest'ultimo fine è però necessario che la decisione annullata provenga da una corte o da un *tribunal*, che l'annullamento sia disposto in seguito dell'accertamento di un errore di diritto e che senza quell'errore non ci sarebbe stata altra decisione possibile al di fuori di quella presa dall'Upper Tribunal¹¹⁸.

Non in qualsiasi caso è ammissibile il *judicial review* dinanzi all'Upper Tribunal. L'act del 2007 pone una serie di condizioni perché questo sindacato possa essere svolto dal *tribunal*.

In primo luogo, il ricorso non deve tendere ad altro che ad ottenere uno dei rimedi concedibili dalle corti in un procedimento per *judicial review*.

Il *judicial review* dell'Upper Tribunal può essere richiesto soltanto nei confronti di decisioni adottate dal First-tier Tribunal ai sensi del Criminal Injuries Compensation Act 2005 ovvero in sede di riesame delle proprie decisioni, qualora non sia dato diritto di proporre *appeal* di fronte all'Upper Tribunal e non si rientri in uno dei casi di cui alla sez. 11(5), lett. *b*, *c* ed *f* del TCEA 2007¹¹⁹. È inoltre escluso che il *judicial review* esercitato dall'Upper Tribunal possa mettere in discussione decisioni della Crown Court (ovvero della Corte d'Appello penale).

Perché l'Upper Tribunal possa esercitare il *judicial review* è poi necessario che esso sia presieduto da un giudice della High Court o della Court of Appeal ovvero dal Senior President of Tribunals, dal Lord Chief Justice o dal Lord President.

Qualora non ricorrano queste condizioni, l'istanza di *judicial review* presentata dinanzi all'Upper Tribunal deve da questo essere rimessa alla High Court, presso la quale il procedimento potrà proseguire¹²⁰.

Parallelamente, il TCEA 2007 detta disposizioni¹²¹, destinate ad integrare l'articolato del Supreme Court Act 1981, concernenti il trasferimento all'Upper Tribunal delle istanze per *judicial review* presentate dinanzi alla High Court.

¹¹⁷ TCEA 2007, sez. 16(3)-(5).

¹¹⁸ TCEA 2007, sez. 17.

¹¹⁹ Direction – Classes of Cases Specified Under Section 18(6) of the Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007, 29 October 2008.

¹²⁰ TCEA 2007, sez. 18.

¹²¹ TCEA 2007, sez. 19.

In presenza di determinate condizioni, le norme adesso ricordate prescrivono il trasferimento del processo dinnanzi all'Upper Tribunal, con la conseguenza che se un'istanza di *judicial review* sia stata presentata alla High Court, quest'ultima sarà tenuta a disporre il trasferimento all'Upper Tribunal.

Questo spostamento deve sempre essere ordinato qualora l'istanza sia finalizzata ad ottenere uno dei rimedi concedibili in sede di *judicial review*, purché non si faccia questione di decisioni adottate dalla Crown Court e non si verta in materia di immigrazione o cittadinanza, e sempreché non si rientri nelle ipotesi particolari indicate nella sez. 11(5), lett. *b, c* ed *f* del TCEA 2007¹²².

Qualora la materia del contendere rientri in uno dei casi appena richiamati (lett. *b, c*, ed *f* della sez. 11(5) TCEA), e sempreché siano soddisfatte le restanti condizioni, la High Court può discrezionalmente disporre il trasferimento del giudizio di fronte all'Upper Tribunal, qualora lo ritenga opportuno¹²³.

4. Gli ombudsman

Altri organi chiamati a risolvere controversie con le pubbliche amministrazioni sono gli *ombudsman*.

Nel 1967 il Parliamentary Commissioner Act istituì il Parliamentary Commissioner for Administration, *ombudsman* di nomina governativa, competente all'accertamento di episodi di cattiva amministrazione (*maladministration*)¹²⁴ da parte di organi dell'amministrazione centrale che si siano tradotti in una sostanziale ingiustizia per il cittadino.

Ai sensi della sez. 5(1)(a) dell'*act*, la procedura può essere iniziata solo su reclamo di un componente della Camera dei Comuni. L'*ombudsman* non può dunque essere adito direttamente dai privati, i quali non possono fare altro che formulare un reclamo scritto ad un parlamentare, al quale poi spetterà di inoltrarlo al Commissario.

Non trattandosi di un presidio sostitutivo delle corti ordinarie, ai sensi della sez. 5(2) dell'*act*, il Commissario parlamentare non può condurre indagini qualora le persone interessate abbiano, o abbiano avuto, la possibilità di rivolgersi a una corte ordinaria o a un *tribunal* per ottenere giustizia. Questo limite, tuttavia, è ritenuto abbastanza elastico, dal momento che il Commissario può istruire il procedimento anche allorquando sia

¹²² Direction – Classes of Cases Specified Under Section 18(6) of the Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007, adottata ai sensi della sez. 19(6) del TCEA il 29 ottobre 2008.

¹²³ TCEA 2007, sez. 19(3).

¹²⁴ Sui possibili significati dell'espressione si può vedere M. Seneviratne, *Ombudsmen: Public Services and Administrative Justice*, Londra, 2002, p. 40 ss.

persuaso che non sia ragionevole attendere l'esercizio dell'azione in sede giurisdizionale.

Le conclusioni delle inchieste del Commissario parlamentare sono periodicamente sottoposte al Parlamento e in diverse occasioni sono state decisive per la elaborazione di significative riforme dell'azione amministrativa.

Il Commissario, però, è anche in grado di fornire tutela diretta ai privati, potendo disporre il pagamento di somme di denaro a compensazione dell'ingiustizia subita o altre forme di ristoro.

Le decisioni del Commissario sono soggette al *judicial review*, sebbene le corti siano generalmente restie a sindacarne gli atti¹²⁵.

La buona prova data dall'*ombudsman* parlamentare ha portato alla istituzione di organi omologhi anche a livello decentrato e per settori specifici.

Quest'ultima ipotesi si è verificata, ad esempio, con la istituzione dell'Health Service Ombudsman, che oltre a conoscere degli episodi di cattiva amministrazione in materia di salute pubblica, vigila sugli episodi di «mala sanità», potendo disporre inchieste sugli errori commessi dalle strutture ospedaliere¹²⁶.

A livello locale, già con il Local Government Act del 1974 furono istituite due commissioni per l'amministrazione locale (*Commissions for Local Administration*), una per l'Inghilterra e una per il Galles. Per il Galles e la Scozia furono poi istituiti due distinti organi con appositi *statutes*¹²⁷.

L'*ombudsman* locale inglese (denominato oggi Local Government Ombudsman) è stato di recente interessato da una legge¹²⁸ che, oltre a modificare alcuni dei meccanismi di nomina, ne ha ampliato il raggio d'azione, prevedendo che esso possa conoscere, oltre che dei casi di *maladministration*, anche degli episodi di mancata erogazione di servizi¹²⁹.

La legge prevede che l'*ombudsman* possa scegliere se condurre un'inchiesta formale o seguire vie informali al fine di persuadere le parti alla composizione amichevole della controversia¹³⁰. Qualora ritenga che l'istante abbia subito un pregiudizio quale conseguenza di un episodio di *maladministration*, può inviare un rapporto all'amministrazione interessata la quale, entro

¹²⁵ Cfr. *R. v. Parliamentary Commissioner for Administration, ex p. Dyer* [1994] 1 WLR 621.

¹²⁶ Health Service Commissioner Act 1993, sez. 3.

¹²⁷ Public Services Ombudsman (Wales) Act 2005; Scottish Public Services Ombudsman Act 2002.

¹²⁸ Local Government and Public Involvement in Health Act 2007, sul quale si veda M. Seneviratne, *Updating the Local Government Ombudsman*, cit., 2008, p. 627 ss.

¹²⁹ Local Government Act 1974, sez. 26(1), come modificata dal Local Government and Public Involvement in Health Act 2007.

¹³⁰ Sui metodi di soluzione delle controversie seguiti dagli *ombudsman* britannici può vedersi A. Abraham, *The Ombudsman and 'Paths to Justice': a Just Alternative or Just an Alternative?*, in *Publ. L.*, 2008, p. 4 ss.

tre mesi, è tenuta a comunicare le iniziative che intende adottare per porre rimedio all'ingiustizia. Se l'*ombudsman* ritiene tali misure insufficienti, può inviare all'amministrazione un ulteriore rapporto contenente l'indicazione delle azioni reputate idonee a risolvere la controversia, ferma restando la possibilità di suggerire le misure ritenute più opportune per prevenire il futuro ripetersi dell'episodio di cattiva amministrazione¹³¹.

5. Conclusioni: l'integrazione degli strumenti di tutela e il sistema di Proportionate Dispute Resolution

L'influenza esercitata dal pensiero di Dicey su generazioni di giuristi ha determinato il radicarsi di un'idea dell'amministrazione pubblica nell'ordinamento del Regno Unito che non corrispondeva alla realtà dei fatti.

Dal punto di vista della tutela, i corollari di quella impostazione non trovavano riscontro nel sistema di sindacato dell'azione dell'amministrazione: da un lato, infatti, il regime del sindacato giurisdizionale non era affatto unitario, essendo frammentato nelle discipline particolari che reggevano i diversi *prerogative writs*, formule speciali per l'attivazione del sindacato di legittimità dell'azione amministrativa; dall'altro lato, in molti casi le corti non erano gli unici giudici dell'amministrazione, essendo affiancate in questa funzione da una moltitudine di organi giustiziali (gli *administrative tribunals*) che potevano essere aditi per ottenere giustizia di fronte ad atti o comportamenti illegittimi dei corpi esecutivi.

Una volta preso atto dei tratti di specialità che, anche nell'ordinamento britannico, connotano l'esercizio delle funzioni pubbliche, il sistema ha potuto intraprendere uno sforzo verso la riduzione della frammentazione delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione, con un processo in chiara controtendenza rispetto all'esperienza di altri ordinamenti europei che, con maggiore o minore decisione, hanno puntato sulla specializzazione dei riti e la differenziazione delle tutele¹³².

Questo impegno, come si è visto, ha avuto una tappa significativa sul finire degli anni Settanta dello scorso secolo, con il superamento del sistema dei *writs* e l'introduzione di un unico strumento, l'*application for judicial review*, per la proposizione in giudizio della domanda di emissione dei diversi *prerogative orders*.

Riguardo agli *administrative tribunals*, la loro incontrollata proliferazione aveva in passato giustificato l'istituzione di commissioni per lo studio del fenomeno, i cui lavori erano stati di impulso per iniziative legislative volte alla uniformazione della disciplina, i cui risultati erano stati fino ad oggi deludenti.

¹³¹ Local Government Act 1974, sez. 31.

¹³² Si vedano i saggi di A. Corpaci, M. Carrà, R. Briani e W. Gasparri in questo volume.

Nel 2007, con il *Tribunals, Courts and Enforcement Act* è stato avviato il più ambizioso tentativo di aggregazione dei *tribunals*, da realizzarsi attraverso provvedimenti del Lord Chancellor.

La riconduzione delle funzioni dei *tribunals* settoriali nei neoistituiti First-tier Tribunal e Upper Tribunal dovrebbe perseguire tre obiettivi essenziali: la omogeneizzazione delle procedure seguite per la trattazione delle diverse materie assegnate ai nuovi *tribunals*, nonché dei principi e dei criteri seguiti per la decisione delle controversie; la piena e definitiva emancipazione degli organi, attraverso la cesura dei collegamenti con gli apparati ministeriali da cui i singoli *tribunals* settoriali prima dipendevano funzionalmente; la realizzazione di un inedito livello di integrazione dell'attività dei *tribunals* con quella delle corti, con la previsione di momenti di raccordo tra i due sistemi di sindacato quali quelli che si sono descritti in precedenza.

L'obiettivo della integrazione delle tutele costituisce il *leitmotiv* del più generale impegno, sostenuto negli ultimi anni dal Ministry of Justice e dall'Administrative Justice and Tribunals Council, per una rivisitazione complessiva dei temi della giustizia amministrativa, sul presupposto che essa «begins not with tribunals but with the places where principles of fairness and natural justice are or should first be applied»¹³³, ovvero i luoghi in cui si esercita il potere decisionale.

Questa impostazione porta alla valorizzazione di quegli strumenti che, per la loro prossimità rispetto al momento di adozione delle decisioni, oltre a prevenire l'insorgenza delle controversie o a permetterne la risoluzione precoce, possono influire sul funzionamento complessivo dei processi decisionali migliorandone la qualità. Vengono dunque rivalutati i sistemi alternativi di risoluzione delle controversie (mediazione, conciliazione, ma anche momenti di controllo interno delle decisioni amministrative), rispetto ai quali gli altri strumenti di tutela messi a disposizione dall'ordinamento dovrebbero assumere il carattere della sussidiarietà.

Questa concezione del sistema di giustizia amministrativa traspare molto chiaramente dal *white paper* del 2004¹³⁴, che precisa che l'obiettivo del governo è quello di sviluppare un quadro di politiche e di servizi che, per quanto possibile, attraverso la circolazione delle informazioni e la comunicazione tra le parti, eviti l'insorgenza di controversie tra cittadino e pubblica amministrazione.

Laddove questo intento non sia raggiunto, il sistema dovrebbe mettere a disposizione del cittadino strumenti di risoluzione della disputa che siano il più possibile rapidi e contenuti nei costi, e ciò in base alla conside-

¹³³ B. Quorroll, *Beyond Leggatt – Where Next for the Administrative Justice and Tribunals Council?*, in <http://www.ajtc.gov.uk/adjust/articles/feature_bq_where_next.htm>.

¹³⁴ Secretary of State for Constitutional Affairs, *Transforming Public Services: Complaints, Redress and Tribunals*, cit., par. 2.

razione per cui «different types of dispute can be resolved fairly, quickly, efficiently and effectively without recourse to the expense and formality of courts and tribunals where it is not necessary».

Funzionali a questo scopo dovrebbero ritenersi tanto i procedimenti di mediazione e di conciliazione quanto il ricorso all'*ombudsman*, a maggior ragione se dotato di strumenti informali per agevolare l'avvicinamento delle parti in contesa¹³⁵.

Il ricorso alle corti e ai *tribunals*, per i quali il documento del governo afferma comunque la necessità di un miglioramento in termini di efficienza, dovrebbe configurarsi come sussidiario rispetto alle vie non contenziose di risoluzione dei conflitti, indicato per quelle controversie non altrimenti risolvibili e comunque per quelle per le quali «a hearing is the best option for resolving the dispute or enforcing the outcome».

Nel loro insieme, i diversi elementi del sistema dovrebbero così tendere alla realizzazione di un unico disegno di *Proportionate Dispute Resolution*, in cui la risposta dell'ordinamento alla domanda di tutela dovrebbe proporzionarsi alle specifiche esigenze di protezione di volta in volta espresse dal cittadino (ad esempio in considerazione della effettiva sussistenza di un interesse della parte ad ottenere un titolo passibile di esecuzione forzata).

Un sistema di questo genere richiede un elevato grado di integrazione tra i diversi elementi che lo compongono. Secondo il *white paper* del 2004, a garantire questo risultato dovrebbe essere l'Administrative Justice Council¹³⁶, chiamato a formulare proposte all'indirizzo del governo in relazione al funzionamento dei meccanismi di *proportionate dispute resolution* e al bilanciamento dei diversi elementi costitutivi del sistema di giustizia amministrativa, ma anche adoperarsi concretamente per assicurare che il coordinamento tra le corti, i *tribunals*, gli *ombudsman* e gli altri organismi deputati alla risoluzione alternativa delle controversie sia tale da soddisfare pienamente le esigenze di tutela del cittadino¹³⁷.

¹³⁵ K. Mackie, *What's in a Name? Proportionate Dispute Resolution*, in <http://www.ajtc.gov.uk/adjust/articles/feature_mackie_pdr.htm>.

¹³⁶ Organo che, come si è visto, è stato denominato Administrative Justice and Tribunals Council dal TCEA 2007, sez. 44.

¹³⁷ Secretary of State for Constitutional Affairs, *Transforming Public Services: Complaints, Redress and Tribunals*, cit., par. 11.12.

DISCIPLINA NORMATIVA E POTERI DEL GIUDICE
NELL'ORGANIZZAZIONE DEL PROCESSO
DI FRONTE AGLI ORGANI DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Simone Torricelli

1. Il processo e le sue fonti

Nell'ordinamento dell'Unione europea, la funzione giurisdizionale è affidata ad organi solo in parte previsti dai trattati. L'art. 13 Tr. Ue indica tra le istituzioni la Corte di giustizia; la Corte, come istituzione, comprende gli organi cui è assegnata la funzione «di assicurare il rispetto del diritto nella interpretazione e nella applicazione dei trattati»¹. La compongono non solo l'organo 'Corte di giustizia' ma anche un tribunale di primo grado². Parlamento e Consiglio possono poi istituire ulteriori tribunali specializzati, seguendo la procedura legislativa ordinaria³, su proposta della Commissione o della Corte⁴. L'unico limite che il Trattato al riguardo pone è che deve trattarsi di giudici di prima istanza, le cui decisioni siano sindacabili dal Tribunale, di regola per motivi di solo diritto⁵. In effetti, già nel 2004, sulla base del previgente art. 225A TrCe,

¹ Art. 19, par. 1, Tr. Ue. Ampie ricostruzioni sul sistema di tutela giurisdizionale nell'Unione europea si possono trovare in G. Falcon, *La tutela giurisdizionale*, in M. Chiti, G. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte generale, tomo II, Milano 2007, p. 697 ss.; P. Biavati, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2005; R. Caranta, *La giustizia amministrativa comunitaria*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, ed. II, tomo V, Milano 2003, p. 4939 s.

² Istituito con la decisione del Consiglio 24 ottobre 1998, n. 591.

³ Art. 257 Tr. funz. Ue

⁴ Ove la proposta provenga dalla Commissione, occorre che sia previamente consultata la Corte di giustizia; ove provenga invece dalla Corte di giustizia, è la Commissione che deve previamente esprimersi.

⁵ La decisione d'appello potrà poi essere impugnata di fronte alla Corte di giustizia, ma solo eccezionalmente ove sussistano gravi rischi che risultino compromessi l'unità e la coerenza del diritto dell'Unione (art. 256, par. 2, Tr. funz. Ue).

era stato istituito il Tribunale della funzione pubblica⁶, il quale completa oggi il sistema degli organi giurisdizionali⁷.

Quanto all'assetto del processo, esso deriva dalla stratificazione di una pluralità di testi e soprattutto deriva da disposizioni poste da norme di diversa natura⁸. L'architettura di massima è disegnata dalla normativa di rango primario: dopo avere dato indicazioni d'ordine organizzativo sugli organi giudiziari, il Trattato sul funzionamento dell'Unione individua le tipologie di controversie che rientrano nelle loro competenze, con conseguente esclusione della giurisdizione dei giudici degli Stati membri⁹; lascia poi ad altri atti normativi la disciplina del processo, con due eccezioni significative. In relazione al «controllo sulla legittimità» degli atti normativi e amministrativi delle istituzioni è lo stesso Trattato a delineare le caratteristiche essenziali della struttura processuale¹⁰, peraltro attingendo al modello prevalente negli ordinamenti dei paesi fondatori¹¹: emergono così i tratti di un giudizio di natura impugnatoria, subordinato al rispetto di uno stretto termine di decadenza¹², con esito costitutivo modulabile dal giudice in funzione delle circostanze. La seconda eccezione concerne il giudizio contro l'inerzia, necessariamente preceduto da una diffida ad

⁶ Con decisione 2 novembre 2004. La motivazione che ha portata alla creazione di questo ulteriore tribunale e che risulta dall'atto istitutivo dà conto della volontà di «migliorare il sistema giudiziario comunitario» (II cons.), sulla sollecitazione contenuta nella dichiarazione 16 allegata al Trattato di Nizza, con la quale «[l]a Conferenza chiede alla Corte di giustizia e alla Commissione di preparare quanto prima un progetto di decisione sull'istituzione di una camera giurisdizionale competente a deliberare in primo grado in materia di controversie tra la Comunità e i suoi agenti». È da notare peraltro che, nonostante si indichi spesso il sovraccarico di lavoro del Tribunale, nell'ultimo anno in cui ha avuto competenza in ordine alla controversie con gli agenti (2004), erano state promossi soltanto 146 ricorsi in questa materia, a fronte dei complessivi 536 ricorsi proposti in quell'anno. In ogni caso, anche il contenzioso del Tribunale della funzione pubblica è rimasto di dimensioni contenute: 130 ricorsi nel 2005, 148 nel 2006, 157 nel 2007, 111 nel 2008 (si vedano le statistiche giudiziarie elaborate dal Tribunale di primo grado e dal Tribunale della funzione pubblica e pubblicate nel sito <<http://www.curia.europa.eu/>>).

⁷ Sul sistema e su alcune ipotesi di ulteriori evoluzioni: G. Vandersanden, *Le système juridictionnel communautaire après Nice*, in *Cah. dr. europ.*, 2003, p. 3 ss.; G. Schohe, *La réforme du contentieux communautaire du point de vue des droits du particulier*, ivi, 2006, p. 669 ss.

⁸ Si veda già, sulle diverse fonti che da subito hanno regolato il processo, R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi, *Commentario al Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, vol. III, 1965, p. 1189.

⁹ Come prevede a contrario l'art. 247 Tr. funz. Ue.

¹⁰ Artt. 263 e 264 Tr. funz. Ue.

¹¹ D. de Pretis, *La tutela giurisdizionale in Europa, tra integrazione e diversità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, p. 1 ss.

¹² Aggravato dall'obbligo, per il destinatario, di richiedere in tempi ragionevoli l'atto che non gli sia stato notificato: CgCe, 14 maggio 1998 C-48/96, *Windpark Groothusen*; Trib., 19 maggio 1994, T-465/93, *Murgia Messapica*.

agire, anch'esso proponibile entro un termine decadenziale breve, che sfocia in una sentenza di mero accertamento della violazione¹³.

Se il Trattato sul funzionamento dell'Unione è il primo riferimento normativo anche di tipo processuale, la disciplina del processo è poi completata da altre fonti, alle quali peraltro lo stesso Trattato fa rinvio o di cui fa comunque menzione. Innanzitutto lo statuto della Corte di giustizia¹⁴, stabilito con un protocollo separato al Trattato, ma emendabile su proposta o previa consultazione della Corte seguendo una procedura diversa da quella prevista per la sua approvazione: il Trattato sul funzionamento dell'Unione rinvia altresì ai regolamenti di procedura del Tribunale, degli altri tribunali specializzati e della Corte di giustizia¹⁵; i primi, adottati dal Tribunale o dai tribunali specializzati di concerto con la Corte di giustizia, debbono poi essere approvati dal Consiglio, a maggioranza qualificata; il secondo è stabilito dalla Corte di giustizia e rimesso alla approvazione del Consiglio con la stessa maggioranza. I regolamenti di procedura costituiscono lo strumento di attuazione e completamento dello statuto¹⁶, cui sotto il profilo delle fonti, risultano subordinati.

L'insieme di questi diversi atti danno al processo la sua effettiva fisionomia. Sotto questo profilo, la disciplina presenta caratteristiche contrastanti. Essa si compone di un nucleo rigido, risultante da normative di rango primario, e di una normativa di completamento, che appare invece duttile, soprattutto per il fatto che la proposta di eventuali modifiche proviene dagli stessi organi che si trovano a dovervi dare applicazione. Già nella dinamica delle fonti sul processo, gli organi giurisdizionali assumono dunque un ruolo propulsivo rilevante¹⁷.

2. L'unicità del rito e le ragioni della sua adattabilità

Le competenze che il Trattato assegna agli organi di giustizia sono estremamente variegata, per tipologia e materia¹⁸, ed anzi sono state an-

¹³ Artt. 265 e 266 Tr. funz. Ue.

¹⁴ Art. 281 Tr. funz. Ue.

¹⁵ Rispettivamente artt. 254, 257, e 253 Tr. funz. Ue; art. 16, par. 3, Tr. Ue.

¹⁶ Art. 63 statuto Cg.

¹⁷ Su alcune recenti modifiche proposte dalla Corte di giustizia, K. Lenaerts, *The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union*, in *CMLR*, 2007, p. 1653. Per una ricostruzione delle modifiche apportate nel tempo di regolamenti di procedura, P. Biavati, *Diritto processuale dell'Unione europea*, cit., 6-7.

¹⁸ Il Trattato definisce le competenze della Corte di giustizia non attraverso una clausola generale, bensì attraverso l'individuazione delle materie o delle vie di azione; anche la Corte ha dunque una competenza di attribuzione, quale espressione del più generale principio di attribuzione che regola tutte le competenze comunitarie (K. Lenaerts, *The rule of law and the coherence of the judicial system of the European Union*, cit., p. 1625 ss.).

che in tempi recenti ampliate, estendendosi a nuovi ambiti¹⁹. Nondimeno, il processo è disciplinato in modo sostanzialmente unitario.

L'ordinamento dell'Unione non ha tradotto le differenze sostanziali delle controversie in differenze processuali, non solo perché le ha comunque riunite di fronte ad uno stesso giudice²⁰, ma anche perché non ha aggranciato alle azioni regole processuali distinte, almeno non ordinariamente²¹. Sono così accomunati in un unico schema processuale i giudizi per l'annullamento e eventualmente riforma di atti, normativi o amministrativi²², i giudizi contro l'inerzia, siano i proponenti Stati o persone, i giudizi

¹⁹ Sull'estensione della competenza della Corte oltre il «ghetto» costituito dal titolo IV del TrCe, si veda S. Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, ed. II, Oxford, 2006, p. 37 ss. Si veda anche, sotto il diverso profilo della tutela dei diritti fondamentali e sulla incerta delimitazione delle competenze in ordine a ciò tra organi giurisdizionali nazionali e comunitari: T. Eilmansberger, *The Relation between Rights and Remedies in EC Law: in Search of the Missing Link*, in *CMLR*, 2004, p. 1199 ss.

²⁰ Ciò, con l'eccezione delle controversie sull'impiego, e comunque con una diversa e significativa ripartizione di competenze tra Tribunale e Corte di giustizia a seconda delle materie. Se infatti il Tribunale funge ordinariamente da giudice di prima istanza, l'articolazione del principio del doppio grado può comunque subire mutamenti in forza dello statuto che, a norma dell'art. 256, par. 1, Tr. funz. Ue, può riservare certe controversie alla Corte di giustizia. E lo statuto ha in effetti introdotto deroghe rilevanti, escludendo dalla competenza del Tribunale i ricorsi proposti dagli Stati membri contro molti atti e astensioni (art. 51 all. statuto CgUe). Il rilievo di tali eccezioni traccia un solco profondo tra il processo promosso da persone fisiche e giuridiche e il processo promosso da Stati o istituzioni, poiché solo le prime, di regola, hanno una garanzia di doppio grado di giudizio. La creazione di una camera giurisdizionale ad hoc per le controversie concernenti l'impiego complica ulteriormente il problema della distribuzione di competenze in tema di impiego, che, in effetti, vedono potenzialmente coinvolti tutti e tre gli organi giurisdizionali. Le controversie spettano al Tribunale della funzione pubblica; contro le sue decisioni è ammesso appello al Tribunale; con l'appello il processo, per ciò che concerne le parti, si chiude; può invece continuare per esigenze diverse dalle loro e prescindendo dalle loro iniziative. La decisione d'appello del Tribunale di primo grado può infatti essere oggetto di riesame da parte della Corte di giustizia, su istanza del primo avvocato generale, e solo ove esista un grave rischio per l'unità e la coerenza del diritto dell'Unione (art. 256, par. 2, Tr. funz. Ue; art. 62 statuto CgUe).

²¹ Alcuni adattamenti, del tutto marginali, sono previsti per le controversie circa la proprietà intellettuale (artt. 130 ss. reg. proc. Trib.) e per l'impugnazione delle decisioni dei collegi arbitrali (art. 101 reg. proc. Cg); più marcato il carattere di specialità dei riti concernenti i procedimenti di cui agli artt. 103-105 TrCeea (artt. 105 e 106 reg. proc. Cg) e 35 TrUe (art. 109 ter reg. proc. Cg). Si veda inoltre la rilevantisima eccezione introdotta dall'art. 261 Tr. funz. Ue.

²² Ai sensi dell'art. 263 Tr. funz. Ue (ma si veda anche l'art. 271, lett. b e c, Tr. funz. Ue), la Corte è competente a decidere i «ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, ovvero per sviamento di potere», proposto avverso gli «atti legislativi, [gli] atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri», nonché «gli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei ter-

relativi a contratti di diritto privato o pubblico stipulati dalla Comunità o per suo conto, quelli diretti a far valere forme di responsabilità extracontrattuale, o ancora relativi alle controversie tra dipendenti e amministrazioni, ivi comprese le azioni promosse dall'Unione verso il dipendente per i danni da questo cagionati con colpa grave nell'esercizio o in occasione dell'esercizio delle sue funzioni²³.

La capacità del rito di adattarsi a fattispecie e circostanze così eterogenee è ascrivibile ad alcune scelte di fondo.

Nel delineare il modello di processo, il legislatore detta regole strettamente processuali, lasciando che quelle regole vengano poi a riempirsi di contenuto attraverso la normativa che disciplina le fattispecie concretamente sottoposte all'esame del giudice. Non vi è alcuna contaminazione tra diritto processuale e diritto sostanziale; il processo altro non è se non uno scheletro di garanzie procedurali che, con l'esclusiva funzione di ordinare il modo in cui si arriva all'accertamento e all'attuazione del diritto sostanziale, risulta applicabile ad ogni controversia, quale sia poi l'esito finale a cui quella controversia possa portare.

Questa rigorosa scissione tra il diritto del processo e il diritto che il processo mira a garantire emerge in particolare dal modo nel quale il legislatore ne ha regolato avvio e conclusione. Nel disciplinare l'atto introduttivo, i regolamenti di procedura indicano gli elementi che esso deve contenere e tra questi, genericamente, «l'oggetto della controversia e l'esposizione sommaria dei motivi dedotti», cui debbono corrispondere «le conclusioni del ricorrente». Arrivati poi a disciplinare la decisione, gli stessi regolamenti si limitano a chiarire che la sentenza deve contenere, tra l'altro, «motivazione e dispositivo»²⁴. Nella norma processuale non vi è alcuna indicazione né delle azioni esperibili, né dei contenuti del ricorso in relazione alle azio-

zi», come, più generalmente, contro «[gli] atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti nei terzi». Il «controllo di legittimità» si traduce di regola nell'annullamento dell'atto, ma, talora, comporta anche la sua riforma (per alcuni esempi di competenze di merito, si vedano gli artt. 63 reg (CE) 40/94, 73 reg (CE) 2100/94). Sulla natura e sui limiti del sindacato del giudice in questa sede, P. Gilliaux, *L'intensité du contrôle de la légalité par les juridictions communautaires*, in *Journ. dr. europ.* 2009, p. 37 ss.; D. Bailey, *Scope of Judicial Review under Article 81 EC*, in *CMLR*, 2004, p. 1333 ss.

²³ Rispettivamente, artt. 265, 272, 268, 270 Tr. funz. Ue. Si può prescindere dalle funzioni consultive o di proposta nel processo normativo, perché esulano dalle competenze giurisdizionali (per le funzioni consultive, si veda ad esempio l'art. 218, par. 11, Tr. funz. Ue; per le funzioni amministrative, gli artt. 245, 247, 286 par. 5, Tr. funz. Ue). Si prescinde altresì dalle competenze circa le questioni pregiudiziali sulla interpretazione o validità del diritto dell'Unione (art. 267 Tr. funz. Ue), che si inseriscono nell'ambito di procedimenti giurisdizionali nazionali (o paragiurisdizionali, come evidenzia M. Borgström, *Preliminary References by Public Administrative Bodies: when are Public Administrative Bodies competent to make a Preliminary References to the European Court of Justice?*, in *ELR*, 2009, p. 207 ss.).

²⁴ Artt. 44 e 81 reg. proc. Trib.; artt. 38 e 63 reg. proc. Cg.

ni, né dei contenuti delle sentenze e dei sottesi poteri decisori del giudice. La regola processuale è in questo senso vuota; essa costituisce soltanto il canale di ingresso e lo strumento neutro di gestione della situazione soggettiva fatta valere. Utilizzando quel canale, il ricorrente dovrà ricavare dalla norma sostanziale l'azione, definire in relazione all'azione l'oggetto del giudizio che propone al giudice, il quale giudice, sulla base di questo oggetto, dovrà, seguendo lo schema di garanzia costituito dal processo, fornire la tutela coerente²⁵.

Tutto ciò sottende anche la volontà di non graduare le garanzie processuali in relazione alla controversia (scelta peraltro, come si vedrà, condotta non senza incoerenze): ogni interesse protetto è assoggettato alle stesse regole, per ciò che concerne ad esempio il contraddittorio, i mezzi di prova, la tutela cautelare²⁶. Per altro verso, però, lo schema prefigurato appare anche flessibile e come tale ulteriormente capace di adeguarsi al

²⁵ La sistematica seguita negli atti comunitari non è però sempre coerente. Si ha per un verso la tipizzazione di due specifiche azioni (quella di annullamento degli atti e quella contro l'inerzia); per altro verso, si indicano fattispecie di competenza del giudice comunitario (controversie in tema di impiego, responsabilità, contratti) in cui invece le azioni non sono tipizzate e debbono essere ricavate in considerazione della tutela richiesta dalla natura della situazione soggettiva fatta valere. Un'operazione, questa, non sempre condotta peraltro in modo lineare. In particolare il contenzioso sull'impiego si è consolidato *praeter legem* come un contenzioso di annullamento contro l'atto che rigetta il ricorso amministrativo obbligatorio (salvo quanto riguarda le questioni pecuniarie, per le quali l'art. 91 dello statuto del personale prevede che la Corte abbia una competenza di merito), con una limitazione della tutela sostanzialmente introdotta in via di prassi. Le conseguenze sono significative e non solo ai fini del termine (per il quale si veda la nt. seguente): diventa possibile, in questa prospettiva, chiedere l'annullamento dell'atto per vizi di motivazione o carenza di istruttoria che, evidentemente, non rilevarebbero ove si agisse a tutela diretta della pretesa, come anche, da questa prospettiva, l'azione diventa inammissibile ove sia proposta contro la decisione di un reclamo che sia meramente confermativa di un precedente atto (su questi punti, Tr. Funz. Pubblica, ord. 9 settembre 2008, T-144/08, *Luigi Marcuccio*; Tr. Funz. Pubblica, 19 ottobre 2006, F-114/05, *Philippe Combescot*).

²⁶ Vi è in effetti una eccezione, concernente il termine decadenziale. È lo stesso Trattato che introduce il termine di due mesi per le controversie contro gli atti, sul presupposto concettuale, comune ai sistemi degli Stati fondatori, della forza di stabilizzazione che l'atto amministrativo esercita sull'assetto degli interessi (si veda D. De Pretis, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa, tra integrazione e diversità*, cit., 2005, p. 6). Un'idea non del tutto estranea sembra sottesa alla previsione del termine decadenziale tanto per l'azione contro l'inattività (termine fissato dal Trattato in due mesi dalla richiesta di agire), tanto per le controversie tra Comunità e funzionari (termine introdotto invece dalla normativa attuativa del Trattato, che ha condizionato l'accesso al giudice al preventivo esperimento del ricorso amministrativo), perché, nella ricostruzione giurisprudenziale, in entrambi i casi interviene un atto dell'amministrazione, almeno implicito, che, analogamente, è considerato capace di consolidare e dare definitività alle scelte fatte. Quando l'atto non c'è o non rileva, termini decadenziali invece non vi sono (si veda al riguardo l'art. 46 statuto CgUe, secondo cui «[l]e azioni contro la Comunità in materia di responsabilità extracontrattuale si prescrivono in cinque anni dal momento in cui avviene il fatto che dà loro origine»).

carattere eterogeneo del contenzioso. Il legislatore comunitario, nell'ordinare in sequenza l'attività del giudice, ha individuato una serie di momenti e di snodi processuali (che trovano nella relazione preliminare del giudice relatore, nella fase iniziale, un elemento propulsivo), in cui il giudice può adattare la procedura ed anzi deve espressamente valutare se e come renderla idonea al caso che ha di fronte. Il processo così cangia non tanto in relazione alla materia di cui si occupa, perché sotto questo profilo ogni materia, salvo alcune eccezioni, ha un eguale trattamento processuale, ma in relazione al particolare atteggiarsi della controversia. Ed è un adattamento che comincia dalla stessa messa in discussione del principio della composizione predeterminata dell'organo giudicante. Da questo aspetto, dunque, diventa possibile cominciare una analisi del processo e delle sue camaleontiche attitudini.

3. *Un preliminare profilo di differenziazione. L'adeguamento in corso di causa della composizione dell'organo giudicante*

Date le particolari modalità di nomina dei giudici comunitari e data la varietà delle controversie che vi accedono, la questione della composizione dell'organo giudicante diviene particolarmente problematica²⁷.

²⁷ È il Trattato che fissa le regole sulla composizione degli organi, diverse per ciascuno, ma caratterizzate da un tratto comune che sembra costituire un connotato costituzionale della funzione sotto il profilo della sua organizzazione. La Corte di giustizia è composta da un giudice per Stato membro; il Tribunale di almeno un giudice per Stato membro (art. 19, par. 2, Tr. Ue; art. 254 Tr. funz. Ue; lo statuto della Corte dispone poi che il Tribunale si componga di 27 giudici); in entrambi i casi la nomina è fatta dai governi degli Stati di comune accordo (artt. 253 e 254 Tr. funz. Ue). Rispetto ed eventuali altre camere da istituirsi, il legame tra Stati e giudici si stempera, ma solo parzialmente, perché, se la nomina è rimessa al Consiglio, questi decide all'unanimità (art. 257 Tr. funz. Ue), il che obbliga ad una soluzione complessiva soddisfacente per tutti e con la quale ciascuno Stato possa sentirsi adeguatamente rappresentato. Anzi, la normativa attuativa accentua tale legame, disponendo che i sette giudici che compongono il Tribunale della funzione pubblica siano nominati dal Consiglio assicurando «una composizione equilibrata del Tribunale secondo una base geografica quanto più ampia possibile tra i cittadini degli Stati membri e per quanto concerne gli ordinamenti giuridici nazionali rappresentati» (artt. 2 e 3 allegato 1 allo statuto CgUe). Dunque, al di là dei profili concernenti le qualità dei giudici, che costituisce o dovrebbe costituire evidentemente una condizione preliminare per la proposta delle persone (artt. 253, 254 e 257 Tr. funz. Ue; a garanzia della idoneità dei candidati, è istituito un apposito comitato che rende un parere sui nominativi proposti: art. 255 Tr. funz. Ue), la disciplina sulla composizione degli organi giurisdizionali riflette a tutt'oggi un problema di rapporto tra gli Stati. Ciò ha implicito il rischio di una compressione della garanzia di neutralità, se non anche una *politicisation* della Corte (*Editorial. A Court within a Court: is it Time to rebuild the Court of Justice?*, in *ELR*, 2009, p. 174; G. Strozzi, *Le istituzioni dell'Unione Europea*, in M. Chiti, M. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte generale, tomo I, Milano, 2007, p. 257). È significativa la dizio-

Ordinariamente, nessuno dei tribunali decide in composizione plenaria e il fatto che l'organo giudicante sia composto da un numero maggiore o minore di giudici (e che dunque riunisca un numero maggiore o minore di tradizioni giuridiche)²⁸, non può essere considerato indifferente²⁹.

Alcune indicazioni rilevanti si trovano già nel Trattato sul funzionamento dell'Unione, il quale prevede che «[l]a Corte di giustizia si riunisc[a] in sezioni o in grande sezione, conformemente alle regole previste a tal fine statuto», precisando però che, ove lo statuto lo consenta, essa «può riunirsi anche in seduta plenaria»³⁰. Vi è *in nuce*, in questa previsione, l'ammissione di una certa adattabilità della composizione dell'organo, ma, in effetti, essa nulla dice circa la misura in cui il fenomeno può manifestarsi; l'unica considerazione che si può fare è che il rinvio allo statuto riguarda non solo l'identificazione 'dei casi' in cui la Corte decide nell'una o nell'altra composizione, ma la fissazione 'delle regole' secondo le quali ciò può avvenire. La differenza è significativa, poiché sottende un certo modo, in sé non rigido, di concepire il rapporto tra norma e processo, che non pretende che sia la norma a tipizzare *ex ante* specifici casi in cui si determina un certo effetto, consentendo invece che l'effetto si produca anche attraverso una applicazione caso per caso di regole predeterminate ma non esaustive.

ne usata dal Consiglio laddove, nel disciplinare le modalità di nomina del Tribunale della funzione pubblica, chiede in maniera espressa che i giudici siano 'rappresentativi' (a conferma della attenuazione della neutralità); è tuttavia ancor più significativo è che essi siano rappresentativi non già degli Stati, ma degli ordinamenti, dunque delle culture giuridiche di cui gli ordinamenti sono espressione.

²⁸ È apparso da subito chiaro, infatti, che «l'integrazione [...] presuppone un continuo contatto tra le norme poste dall'accordo istitutivo e quelle dei diritti interni per l'individuazione di un corpo di regole desunte dai sistemi interni in via comparativa e capace di costituire l'ossatura del sistema giuridico comunitario» (A. Tizzano, in R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi, *Commentario al Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, vol. III, Milano, 1965, p. 1199. I giudici, scelti non (o non necessariamente) per concorso, ma nominati e selezionati in modo decentrato, sono così portatori di tradizioni inevitabilmente diverse, ed anzi sono istituzionalmente deputati a far confluire, nel bagaglio di conoscenze dell'organo, i rispettivi sostrati culturali (G. Strozzi, *Il sistema normativo*, in M. Chiti, G. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte generale, tomo II, cit., p. 173-174). Sulla peculiarità del ruolo concretamente svolto dalla Corte, L. Azoulai, *Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence*, in *Rev. trim. dr. europ.*, 2008, p. 29 s.

²⁹ Si veda, criticamente, *Editorial. A Court within a court: is it time to rebuild the Court of justice?*, cit., 174, ove si mette in discussione che i meccanismi di formazione della composizione degli organi giurisdizionali siano adeguati in relazione alla particolarità della funzione giurisdizionale assegnata alla Corte di giustizia, considerato che «[w]hether or not the Court of justice is called a supreme or constitutional court, it is the court with responsibility for ultimate oversight of the evolution and consistency of Community and, to a growing extent, Union law».

³⁰ Art. 251 Tr. funz. Ue.

Proprio questa premessa rappresenta il presupposto delle successive scelte che la normativa attuativa ha potuto compiere.

Nessuno dei regolamenti di procedura pone una regola ordinaria di composizione dell'organo giudicante, prevedendo invece la costituzione di sezioni composte da un numero di giudici diverso, senza indicare le regole di assegnazione. Così, Tribunale e Corte di giustizia comprendono sezioni composte da tre e cinque giudici e di una grande sezione, composta da tredici giudici³¹. L'assegnazione, almeno per il Tribunale, viene poi fatta sulla base di criteri previamente fissati, con atto da pubblicare in Guue³².

In realtà, la composizione, già di per sé variabile, è rimessa comunque ad una scelta dello stesso organo giudicante una volta che esso sia stato investito della controversia, e può subire ulteriori e non predeterminati adattamenti sulla base di una decisione che il giudice prende in corso di causa, su richiesta di parte oppure d'ufficio. L'adattamento può andare o nel senso delle maggiori garanzie, con la rimessione della controversia alla sezione plenaria, alla grande sezione o ad una sezione composta di un numero di giudici semplicemente «diverso» (quindi maggiore o anche minore), ma, almeno per il Tribunale, può andare anche nella direzione della monocraticità³³, in relazione a certe tipologie di controversie, tanto in relazione alla difficoltà e importanza della causa, quanto per non precisate «circostanze particolari»³⁴. La *ratio* efficientista di questa normativa emerge chiaramente ed è viepiù confermata dalla previsione per cui la rimessione in favore di una sezione aggravata richiede una decisione del Tribunale in seduta plenaria, laddove la rimessione al giudice unico è disposta dalla sezione, seppure all'unanimità³⁵. Peraltro, la rimessione in primo grado al giudice unico è per lo più possibile solo quando i giudizi siano promossi da persone fisiche, e non anche da Stati, ed è comunque esclusa quando vi si oppongono uno degli Stati membri o un'istituzione

³¹ Art. 10 reg. proc. Trib. (secondo quanto previsto dall'art. 50 statuto CgUe); art. 11 bis reg. proc. Cg.

³² Art. 12 reg. proc. Trib.; manca invece, per la Corte di giustizia, una analoga previsione; l'art. 44, par. 3, reg. proc. Cg si limita a disporre al riguardo che «[l]a Corte rimette alle sezioni di cinque o di tre giudici qualsiasi causa per la quale è adita nella misura in cui la difficoltà, o l'importanza della causa, o particolari circostanze non richiedono la rimessione dinanzi alla grande sezione».

³³ Questo per il Tribunale di primo grado; non invece per la Corte di giustizia, in cui l'organo giudicante è sempre un organo collegiale.

³⁴ Art. 14 reg. proc. Trib. Un'ulteriore variabile concerne la presenza o meno dell'avvocato generale, che è designato dal Tribunale in seduta plenaria su specifica richiesta della sezione per le «difficoltà in diritto» o la «complessità in fatto» della controversia (artt. 18 e 19 reg. proc. Trib.). L'avvocato generale è invece sempre presente nei giudizi di fronte alla Corte di giustizia, ma, ove il giudizio non ponga «nuove questioni di diritto», le sue conclusioni possono essere omesse (art. 20, par. 5, statuto CgUe).

³⁵ Artt. 51 reg. proc. Trib.

dell'Unione³⁶. Per converso Stati membri o istituzioni possono sempre pretendere che la decisione venga presa dal Tribunale in sezione di almeno cinque giudici o dalla Corte di giustizia in grande sezione³⁷.

Ma, al di là degli aspetti minuti della disciplina, quello che interessa rimarcare è che sottesa ad essa vi è una concezione della «legalità processuale» tutt'altro che rigida e comunque lontana dalla regola basilare del giudice naturale precostituito dalla legge, che rappresenta un principio fondamentale dell'ordito costituzionale nazionale. Da un lato, infatti, le regole dell'assegnazione sono fissate dallo stesso giudice. Dall'altro lato, in deroga rispetto ai criteri predeterminati, il giudice cambia in funzione del concreto atteggiarsi della controversia, sulla base di una regola (maggiore/minore difficoltà, maggiore/minore importanza) che comporta evidentemente un margine valutativo considerevole.

Trapela così subito un elemento che può considerarsi strutturalmente qualificante: le caratteristiche del processo sono definite di volta in volta dal giudice, in contraddittorio tra le parti e secondo le caratteristiche della controversia, le circostanze che l'accompagnano, gli interessi che vi sono implicati. Già la scelta del giudice, insomma, è parte della decisione cui il processo dà origine.

4. *Il processo, tra regole uniformi e poteri del giudice. Le 'misure di organizzazione'*

Il modello processuale dell'Unione presenta una struttura bifasica.

La prima fase, scritta³⁸, è introdotta con la presentazione del ricorso, da depositare e poi notificare, e si articola in un doppio contraddittorio: un contraddittorio necessario, garantito dal termine per il controricorso; un ulteriore contraddittorio eventuale, realizzato a mezzo di una replica e controreplica, che il giudice non solo può ordinare nel tempo fissando i termini per i relativi adempimenti, ma può anche decidere di escludere³⁹. Il successivo segmento della fase scritta è dedicato alla organizzazione del processo, promossa e guidata dalla relazione preliminare del giudice re-

³⁶ Art. 14, par 2, reg. pr. Trib.; art. 51, par 2, reg. pr. Trib.

³⁷ Art. 51, par 2, reg. proc. Trib.; art. 44, par 3, reg. proc. Cg. La collegialità, o comunque l'ampiezza del collegio, è garantita dunque solo quando i ricorsi siano promossi da Stati o istituzioni e su loro richiesta, evidentemente sul presupposto che in quei casi vi sia un interesse particolare e particolarmente significativo rispetto alla 'mera protezione' di una situazione soggettiva, da tutelare con il collegio o con «un collegio più importante» (art. 44, par. 4, reg. proc. Trib.). Questo è confermato anche dalle specifiche esclusioni della monocraticità, che riguardano concorrenza, concentrazioni, aiuti, difesa commerciale e organizzazione comune dei mercati, dunque casi che mettano in discussione obiettivi fondamentali dell'Unione.

³⁸ Artt. 43 ss. reg. proc. Trib.; artt. 37 ss. reg. proc. Cg.

³⁹ *Infra*, nt. 43.

latore, che consta della adozione delle misure opportune, sia in relazione alle modalità di svolgimento del rito, sia in relazione alla assunzione dei mezzi istruttori⁴⁰. Il processo contempla poi una fase orale⁴¹, che si traduce in un dibattito nel quale anche il giudice può porre domande e che si chiude con le conclusioni dell'avvocato generale. Il giudice può adottare a questo punto la sentenza (in udienza, previa convocazione della parti), che è poi depositata e notificata, ma che ha forza obbligatoria già con la pubblica lettura⁴².

Siamo così di fronte ad una disciplina che costruisce uno schema processuale strutturato, diviso per fasi che si ordinano secondo una sequenza prestabilita. In realtà, però, nella sua ordinaria fisionomia, il rito subisce in concreto modificazioni significative, a seconda del modo in cui si presenta la controversia.

Già da subito il giudice può decidere che, dopo il ricorso ed il contro-ricorso, lo scambio di memorie non sia necessario, perché «il contenuto del fascicolo di causa è abbastanza completo da consentire alle parti di sviluppare i loro motivi e argomenti nel corso della fase orale». Solo a seguito di una specifica richiesta da farsi entro due settimane della notifica della decisione, il giudice può comunque autorizzare le parti a completare il fascicolo⁴³. Ove poi, dopo lo scadere dei diversi termini per le controdeduzioni, vengano proposti motivi nuovi, il giudice può assegnare un termine per controdedurre, su relazione del giudice relatore e sentito l'avvocato generale: il contraddittorio scritto su quei motivi è dunque subordinato ad una sua valutazione⁴⁴. Segue, come si è visto, una verifica sulla adeguatezza della composizione dell'organo giudicante, tesa a valutare se non occorra rimettere la controversia ad un collegio più o meno ampio, ovvero alla seduta plenaria o al giudice monocratico, o, più limitatamente, se almeno l'istruttoria possa essere delegata ad una sezione o al giudice relatore⁴⁵.

Sotto questi profili, appare particolarmente rilevante la previsione di uno snodo nel rito rappresentato dalla fase di organizzazione del processo, che fa perno sulla relazione preliminare del giudice relatore. Questi, è chiamato a formulare proposte su come il rito dovrebbe essere strutturato, così da «garantire, nelle migliori condizioni, la messa a punto dell[a]

⁴⁰ La tipologia di mezzi di prova è vasta e comprende, qualunque sia la natura del procedimento, la comparizione personale delle parti, la richiesta di informazioni, la produzioni di documenti, la prova testimoniale, la perizia e il sopralluogo. In concreto peraltro l'utilizzo di alcuni di essi, a cominciare dalla consulenza tecnica, risulta estremamente raro: E.B. de la Serre, A.L. Sibony, *Expert Evidence before the Ec Courts*, in *CMLR*, 2008, p. 943.

⁴¹ Artt. 55 ss. reg. proc. Trib.; artt. 55 ss. reg. proc. Cg.

⁴² Art. 83 ss. reg. proc. Trib.; art. 65 reg. proc. Cg.

⁴³ Artt. 47, par. 1, reg. proc. Trib.; tale possibilità non è invece prevista per la Corte di giustizia.

⁴⁴ Artt. 48, par. 2, reg. proc. Trib.; art. 42, par. 2, reg. proc. Cg.

⁴⁵ Art. 67, par. 1 e 2, reg. proc. Trib.

caus[a], lo svolgimento de[l] procediment[o] e la composizione dell[a] lit[e]»⁴⁶. Sulla base della relazione, ma anche a prescindere da essa e comunque in ogni momento, il giudice, sentito l'avvocato generale, può disporre qualsiasi misura; ciò garantendo il contraddittorio, se la misura è adottata su istanza di parte, mentre, se è adottata d'ufficio, il contraddittorio è accordato solo quando le circostanze lo esigano.

Di fronte alla unitarietà del rito, l'espresso riconoscimento di un simile potere d'ordine a contenuto atipico costituisce il principale canale di adattamento dello schema processuale alle circostanze di causa, sebbene non sia facile comprenderne l'ampiezza, in relazione alle diversità di funzioni cui è preordinato⁴⁷ ed anche alla luce di una incerta applicazione pratica.

Le misure concretamente adottate, in effetti, riguardano innanzitutto la definizione del *thema probandum* e del *thema decidendum*, essendo finalizzate a «precisare la portata delle conclusioni e dei motivi e argomenti delle parti e chiarire i punti tra di loro controversi». È chiaro che in questo vi è non soltanto il tentativo di far svolgere al giudice un ruolo attivo teso a identificare l'oggetto del processo, rendendo analogamente più agevole il contraddittorio delle parti; vi è altresì l'intento di creare i presupposti affinché le parti possano convenire su alcuni aspetti della controversia, come ulteriormente chiarire se vi è o meno lo spazio per una conciliazione. Ed infatti, le misure di organizzazione tendono anche ad «agevolare la composizione amichevole delle liti», ove quella *ratio* conciliativa riesca a raggiungere il suo massimo risultato.

Parallelamente, e sul presupposto della preliminare definizione degli aspetti controversi, le misure di organizzazione possono «determinare i punti sui quali le parti devono completare la loro argomentazione o che richiedono istruttoria», quindi segnalare l'esigenza di integrare i fatti principali o secondari, ovvero individuare quali, tra i fatti indicati, non sono ammessi e debbono dunque essere provati. Ulteriormente, le misure di organizzazione costituiscono lo strumento di esercizio dei poteri officiosi del giudice in ordine alle prove. Ciò emerge in modo evidente, considerando le misure che il regolamento si dà carico di indicare in maniera espressa, seppure non esaustiva, e che possono consistere nell'interrogare le parti, nell'invitare le parti a pronunciarsi per iscritto od oralmente su taluni aspetti della controversia, nel chiedere informazioni o ragguagli alle parti o a terzi, nel chiedere la presentazione di documenti o di qualsiasi prova concernente la causa, nel convocare a riunioni gli agenti delle parti o le parti in persona.

Con la guida attiva del giudice, il processo dovrebbe poter procedere in un modo più ordinato, anche superando eventuali negligenze dei suoi

⁴⁶ Art. 49 reg. proc. Trib. Quanto alla Corte di giustizia, la disciplina non è altrettanto articolata, limitandosi a prevedere che il giudice relatore proponga le misure preparatorie opportune (art. 44, par. 2, reg. proc. Cg).

⁴⁷ Art. 64, par. 2, reg. proc. Trib.

attori, come pure, in ultimo, dovrebbe poter arrivare ad una decisione fondata sul compiuto accertamento dei fatti, anche attraverso una istruttoria disposta dal giudice in modo autonomo. Si attenua il principio dell'onere dell'allegazione dei fatti, si relativizza il principio dell'onere della prova⁴⁸.

Ma, al di là dei profili che attengono agli aspetti sostanziali del ruolo del giudice rispetto all'istruttoria da compiere, le misure di organizzazione incidono anche sulla forma del processo. Questo è espressamente chiarito dal regolamento, laddove esso affida al giudice il compito di garantire il «buono svolgimento della fase scritta ed orale». Ed infatti, se si guarda l'applicazione pratica, tali misure sono state utilizzate per autorizzare memorie di intervento fuori dai termini⁴⁹, oppure per introdurre fasi ulteriori di contraddittorio non previste dal rito ordinario⁵⁰, o al fine di disporre l'apertura della fase orale del procedimento, omettendo l'istruttoria preliminare⁵¹.

Con le misure di organizzazione il giudice ha ancora sovente sottoposto ad una o ad entrambe le parti dei quesiti, cui rispondere oralmente o per iscritto entro un termine dato⁵²; ha ordinato l'esibizione di documenti⁵³; ha convocato riunioni informali per esaminare la possibilità di trattare il caso con procedimento accelerato, tenuto conto, in particolare, della questione della riservatezza di alcuni elementi del fascicolo (arrivando ad un accordo per cui certe informazioni e certi documenti sarebbero stati trasmessi in via confidenziale unicamente ai difensori e non alla parte)⁵⁴.

Di fronte ad una pluralità di parti, le misure di organizzazione sono poi consistite nell'invito a presentare all'udienza una difesa orale comune, al fine di evitare la ripetizione di argomentazioni identiche⁵⁵; sempre di fronte ad una pluralità di ricorrenti, in relazione ad un problema di aiuti di stato, il giudice, con le misure di organizzazione, ha invitato lo Stato convenuto a chiarire se intendeva o meno recuperare gli aiuti versati e a seguito della risposta negativa ha dichiarato irricevibili quasi tutti i ricorsi⁵⁶.

⁴⁸ F. Castillo de la Torre, *Le relevé d'office par la juridiction communautaire*, in *Cah. dr. europ.*, 2006, p. 440.

⁴⁹ Trib., 7 ottobre 2009, T-420/05, *Vischim Srl*.

⁵⁰ Trib., 30 settembre 2009, T-341/07, *José Maria Sison*.

⁵¹ Trib., 4 febbraio 2009, T-145/06, *Omya AG*.

⁵² Questa è divenuta per il giudice una vera e propria prassi: si vedano, ma solo ad esempio, CgCe, 16 luglio 2009, C-385/07, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH*; Trib., 1 luglio 2009, T-24/07, *ThyssenKrupp Stainless AG*.

⁵³ Trib., *Omya AG*, cit.

⁵⁴ Trib., 13 luglio 2006, T-464/04, *Independent Music Publishers and Labels Association*.

⁵⁵ CgCe, 15 ottobre 2002, C-238/99 P e altre, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM)*.

⁵⁶ Trib., 28 novembre 2008, T-254/00, *Hotel Cipriani spa*. Si veda anche Trib., 9 settembre 2009, T-227/01 e altre, *Territorio Histórico de Álava*.

In questo modo il processo dimostra, già nel suo consueto procedere, un notevolissimo grado di elasticità. La disciplina del modello ordinario è caratterizzata dalla previsione di vari momenti in cui è chiesto al giudice di valutare l'adeguatezza del rito rispetto alla controversia che gli è stata sottoposta, eventualmente adattandolo. Dunque la specificità della controversia viene gestita non già attraverso la deformalizzazione, cioè attraverso una rinuncia alla formalità del rito, ma, al contrario, formalizzando il potere del giudice di modellare il processo.

Segnatamente, una volta che sia chiarito, anche a seguito di un intervento attivo del giudice, quali sono gli oggetti rilevanti ai fini della decisione, il processo rallenta, per consentire al giudice di riflettere sul rito e definire, di solito in contraddittorio, le regole che dovranno applicarsi in concreto perché si arrivi, se non ad una conciliazione che prevenga la decisione nel merito, alla decisione 'migliore' e nel modo più efficiente. Non si può non rilevare come queste previsioni esprimano un rapporto tra 'norma' e 'processo' del tutto originale, nel senso che le norme che preesistono al processo sono recessive rispetto alle regole che il giudice ritenga più adeguate al caso di specie: è il giudice, più che la legge, a regolare il processo. Il che, peraltro, non può non essere letto in connessione con una concezione della giurisdizione in cui il profilo del ripristino della legalità obiettiva è sempre irrimediabilmente presente⁵⁷ ed in cui quindi il ruolo delle parti, ed i loro oneri e diritti processuali, risultano attenuati allorquando si traducano in un limite alla possibilità di ristabilire l'ordine voluto dal Trattato.

5. *Modi alternativi di gestione dell'urgenza: dalla tutela cautelare all'adattamento del rito*

Un ulteriore aspetto nel quale il processo manifesta la sua spiccata flessibilità attiene alla gestione dell'urgenza, cui il sistema risponde in modi diversi.

Anche in esso è prevista la possibilità di accordare tutela cautelare, che d'altra parte scaturisce da «un principio generale di diritto comunitario che si trova alla base delle tradizioni costituzionali degli Stati membri»⁵⁸. Ai sensi

⁵⁷ Sul rapporto tra poteri del giudice e carattere oggettivo del contenzioso, F. Castillo de la Torre, *Le relevé d'office par la juridiction communautaire*, cit., p. 460. Già i primi commentatori del Trattato (sebbene in tempi nei quali la sensibilità verso il tema della soggettività della tutela certamente non era spiccata come lo è invece oggi: si veda nel punto, in relazione all'ordinamento italiano, C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, 2008) hanno osservato che «anche la tutela degli interessi protetti innanzi ad essa – siano essi quelli della Comunità come ente indifferenziato, quelli degli Stati membri, o quelli dei soggetti interni di questi ultimi – si realizza solo in via indiretta, in quanto per il tramite di tale tutela la Corte concorra ad assicurare il rispetto del diritto obiettivo»: A. Tizzano, in R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi, *Commentario al Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, cit, vol. III, p. 1193.

⁵⁸ Peraltro, la Comunità ha autonomamente ricostruito alcuni principi minimi sui contenuti della tutela cautelare, che, a sua volta, ha imposto agli Stati membri:

dell'art. 278 Tr. funz. Ue, i ricorsi proposti alla Corte non hanno effetto sospensivo, ma, se le circostanze lo richiedono, essa può «ordinare» la sospensione dell'atto impugnato⁵⁹. L'art. 279 Tr. funz. Ue poi prevede in termini più generali che la Corte possa altresì «ordinare» i provvedimenti provvisori necessari, in tutti gli affari che le sono proposti; ciò, almeno, nei limiti del carattere necessariamente strumentale del provvedimento richiesto, che ne rende problematica l'applicazione in relazione a giudizi meramente dichiarativi⁶⁰ e che impedisce l'adozione di misure che pregiudichino la decisione di merito, producano i suoi stessi effetti⁶¹, determinino effetti definitivi⁶².

La tutela cautelare è dunque atipica e può dare origine all'adozione del provvedimento più idoneo a dare soddisfazione alle esigenze che concretamente ricorrono nella fattispecie⁶³.

Dal punto di vista processuale, la richiesta può essere avanzata dall'attore (il convenuto potrà al più chiedere che la misura sia subordinata ad una cauzione)⁶⁴; è ammessa solo in corso di causa e non prima dell'instaurazione del giudizio⁶⁵, ove attiva un procedimento speciale⁶⁶ che, se del caso, può im-

A. Massera, *I principi generali*, in M. Chiti G. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., parte generale, tomo I, p. 390-392.

⁵⁹ La scelta lessicale è espressiva di un certo retroterra culturale: il giudice non «dispone» la sospensione dell'atto, ma «ordina» che sia sospeso, evitando di incidere direttamente sugli effetti dell'atto.

⁶⁰ In particolare circa gli aspetti problematici della tutela cautelare in relazione al contenzioso concernente l'inadempimento degli Stati o nell'ambito delle azioni di responsabilità: F. Castillo de la Torre, *Interim Measures in Community Courts: Recents Trends*, in *CMLR*, 2007, p. 278.

⁶¹ Così, per esempio, non si può sostanziale in un ordine di riesame: ord. pres. Trib. 17 dicembre 1996, T-164/96 R, *Moccia Irme SpA*; 11 luglio 2002, T-107/01 R e T-175/01 R, *Société des mines de Sacilor - Lormines*.

⁶² Elemento che è stato talora usato in modo molto opinabile, giungendo a non consentire la sospensione di un atto normativo sul presupposto che, in questo modo, nel periodo che va dalla sospensione alla decisione definitiva i rapporti giuridici sarebbero stati altrimenti regolati: in ciò l'effetto irreversibile (ord. pres. Trib., 12 settembre 2001, T-139/01 R, *Comafrika SpA e Dole Fresh Fruit Europe Ltd & Co*).

⁶³ Sui presupposti processuali e sostanziali della tutela cautelare, A. H. Türk, *Judicial Review in Eu Law*, Cheltenham, 2009, 298 ss.; G. Vandersanden e A. Barav, *Contentieux Communautaire*, Bruxelles, 1977, p. 427 ss.

⁶⁴ Art. 107, par. 2, reg. proc. Trib.

⁶⁵ L'art. 104, par. 1, reg. proc. Trib. prevede infatti che la domanda per la sospensione sia ricevibile solo se il richiedente abbia impugnato l'atto e che gli altri provvedimenti provvisori possano essere richiesti solo da chi è parte in causa (in analoghi termini l'art. 83, par. 1, reg. proc. Cg). Questo elemento presenta una evidente contraddittorietà con la giurisprudenza della Corte di giustizia che ha invece preteso che gli Stati membri prevedessero anche misure *ante causam*, come condizione di garanzia della effettività della tutela (M.A. Sandulli, *Diritto europeo e processo amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, p. 43).

⁶⁶ Che è appunto disciplinato all'interno del titolo dei regolamenti dedicato ai «procedimenti speciali».

portare una preventiva istruttoria, la cui organizzazione è rimessa al giudice (ma nel rispetto del contraddittorio in virtù del quale è prevista la fissazione di un termine breve per la presentazione delle osservazioni scritte o orali)⁶⁷.

Dal punto di vista sostanziale, i regolamenti non disciplinano in modo espresso i presupposti per la concessione della misura cautelare, che però si ricavano dalla previsione che impone al richiedente di precisare oggetto della causa, motivi di urgenza e argomenti di fatto e di diritto che giustifichino *prima facie* l'adozione del provvedimento provvisorio. *Periculum e fumus*, cumulativamente, condizionano dunque l'accoglimento dell'istanza⁶⁸. Nell'accertamento dei presupposti il giudice «dispone di un ampio potere discrezionale ed è libero di stabilire, considerate le particolarità del caso di specie, il modo in cui vanno accertati i vari requisiti in parola nonché l'ordine in cui condurre tale esame, posto che nessuna disposizione di diritto comunitario gli impone uno schema di analisi predeterminato per valutare la necessità di statuire in via provvisoria»⁶⁹. Anzi, usando la formula con cui è solito sfuggire a vincoli avvertiti come eccessivamente stringenti, il giudice non ha mancato di precisare che il poter cautelare va esercito senza «eccessivi formalismi».

Ciò premesso, vi è un'apparente consonanza di tale disciplina con quella nazionale, anche nei suoi profili problematici. La giurisprudenza dibatte se il *fumus* debba consistere nella non manifesta infondatezza del ricorso, ovvero nella sua probabile fondatezza⁷⁰, con un atteggiamento oscillante che peraltro non coincide con la fermezza con cui invece la Corte ha ri-

⁶⁷ La competenza è monocratica; la decisione spetta al presidente dell'organo giudicante il quale può in effetti adottare il provvedimento anche prima che il convenuto abbia presentato le sue osservazioni, ed è, anche in questo caso, un provvedimento stabile in sé (che non richiede cioè una successiva conferma); esso però può essere successivamente modificato o revocato, non solo, come è regola generale, per circostanze sopravvenute, ma anche per una illegittimità che la mancanza del contraddittorio non aveva fatto emergere, e non solo su istanza di parte, come pure è regola generale, ma anche d'ufficio (artt. 105, par. 2, e 108 reg. proc. Trib.; artt. 84, par. 2, e 87 reg. proc. Cg).

⁶⁸ A monte di ciò, la valutazione sulla ricevibilità che, una volta che il procedimento cautelare assume una sua autonomia come procedimento speciale (e non si configura come una parte del giudizio principale) richiede una verifica specifica. Sotto questo profilo, al di là delle condizioni generali dell'azione e del presupposto di ricevibilità costituito dalla pendenza di un giudizio, la giurisprudenza indica, come ulteriore condizione di ricevibilità dell'istanza, la probabile ricevibilità del ricorso principale. In mancanza, il giudice non rigetta nel merito la domanda proposta per la mancata ricorrenza del *fumus*, ma adotta una pronuncia di mero rito (ord. pres. Trib. 9 agosto 2001, T-120/01 R, *De Nicola*; 31 maggio 2006, F-38/06 R, *Bianchi*; ord. pres. CgCe, 18 novembre 1999, C-329/99 P(R), *Pfizer Animal Health*). In senso contrario (per il rigetto della istanza) ord. pres. Trib., 27 aprile 2005, T-34/05 R, *Makhteshim-Agan Holding BV*.

⁶⁹ Ord. pres. Trib. funz. pubbl., 30 gennaio 2008, F-64/07 R.

⁷⁰ C. Morviducci, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, Padova, 2004, p. 151.

chiesto, ai giudici degli Stati membri chiamati a sospendere atti nazionali applicativi della normativa dell'Unione, di subordinare la tutela cautelare all'esistenza di gravi dubbi sulla validità dell'atto, così che tale normativa «non venga esclusa senza una garanzia rigorosa»⁷¹. Quanto alla valutazione dei motivi di urgenza, il giudice è chiamato a compiere una ponderazione degli interessi, confrontando gli effetti che un'ordinanza di sospensione diretta a concedere siffatte misure produrrebbe sulla richiedente, sul resistente, sugli intervenienti, sull'ordinamento giuridico comunitario e sui terzi»⁷². Nel far questo, il giudice dà sostanziale rilievo alla proporzionalità della misura rispetto ai diversi interessi in gioco, come anche considera la diligenza del ricorrente nell'evitare il danno, per esempio utilizzando altri strumenti giuridici che l'ordinamento offra⁷³.

La tutela cautelare non costituisce, tuttavia, l'unico strumento con cui il sistema si è fatto carico delle esigenze di celerità che la controversia può in concreto presentare. Uno degli interventi di modifica ai regolamenti con i quali esso ha tentato di far fronte all'aumento delle dimensioni del contenzioso e, correlativamente, all'aumento dei tempi di decisione,⁷⁴ è stato quello di introdurre un procedimento accelerato, che, ove vi sia urgenza, deroga in modo significativo all'ordinario incedere del rito⁷⁵.

A seguito dell'accelerazione, si modificano le regole del processo, dimezzando il termine per il controricorso (ma se il giudice non accoglie l'istanza, viene assegnato al resistente un termine ulteriore, perché possa integrare la propria difesa, così che egli abbia complessivamente a disposizione esattamente il tempo che avrebbe avuto in mancanza della richiesta di accelerazione) ed eliminando replica e controreplica, salvo il giudice disponga diversamente. Vi è dunque una contrazione della fase scritta e più ampio spazio per l'oralità: la stessa fase orale è il luogo nel quale può esservi una integrazione di argomenti o richieste di prova (ma solo se il ritardo è motivato). Correlativamente, il ricorso acquista priorità nella trattazione rispetto alle altre cause.

Torna così e si conferma, sotto un diverso profilo, la duttilità del processo. A differenza però di certi adattamenti che il legislatore chiede al giudice di valutare, anche d'ufficio, il processo può imboccare la via dell'accelerazione solo su istanza di parte⁷⁶. Questo elemento consente di assimilare

⁷¹ CgCe, 9 novembre 1995, C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH*.

⁷² Ord. pres. Trib., 7 luglio 2004, T-37/04 R, *Região autónoma dos Açores*.

⁷³ Ord. pres. Trib., 7 luglio 2004, T-37/04 R, *Região autónoma dos Açores*.

⁷⁴ C. Morviducci, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., p. 3.

⁷⁵ Art. 76 bis reg. proc. Trib.; 62 bis reg. prog CgCe. Il regolamento della Corte precisa che si tratta di casi eccezionali, anche se con l'estendersi delle competenze dell'Unione in materie oltremodo sensibili, non è difficile prevedere che l'eccezionalità possa progressivamente divenire meno rara.

⁷⁶ Lo conferma anche il fatto che la violazione delle condizioni poste può importare revoca del procedimento accelerato (art. 76 bis, par. 4, reg. proc. Trib.).

il procedimento accelerato alla tutela cautelare: si tratta di strumenti (diversi) tesi a gestire situazioni di urgenza, nell'interesse delle parti processuali, cui spetta la disponibilità esclusiva della richiesta. Mentre però la tutela cautelare può essere invocata in qualsiasi momento ed anzi l'istanza può essere riproposta nel corso del procedimento in dipendenza di fatti nuovi (ed è quindi in grado di far fronte ad una urgenza sopravvenuta), l'istanza per l'accelerazione deve essere proposta al momento del deposito del primo atto (quindi del ricorso o del controricorso). Il termine dipende dalla natura stessa dello strumento, perché, avviato il procedimento ordinario, vi è da subito un impiego di mezzi processuali e vi è subito l'attivazione di una serie di termini che rendono successivi adattamenti tutto sommato poco incisivi. O il processo parte subito in modo accelerato, o, altrimenti, accelerazioni successive potrebbero non riuscire a produrre risultati adeguati allo sforzo.

Ma il procedimento accelerato può, per altro verso, offrire maggiore utilità, per almeno due motivi. Esso può essere chiesto anche dal resistente, il quale trova così una possibilità di tutela che il processo cautelare, tutto proteso a proteggere la situazione soggettiva di chi ha introdotto il giudizio principale, non gli offre. In secondo luogo, e anche in correlazione con ciò, il processo accelerato risponde all'urgenza di per sé, a prescindere dalla fondatezza o meno del ricorso, e dunque può servire non solo a tutela della situazione soggettiva lesa e fatta valere nel giudizio, ma anche a tutela degli interessi ad una decisione che ponga fine ad una situazione di incertezza e che può in concreto risultare molto pregiudizievole. E ciò prescindendo da ogni valutazione comparativa di interessi, centrale nella tutela cautelare, ma irrilevante in questo caso, non potendosi dare rilievo in senso contrario alla volontà strumentale di ritardare la decisione.

In effetti la non sovrapponibilità dei due istituti ha fatto sì che in concreto il rito accelerato sia stato disposto, con contestuale rigetto della sospensione cautelare dell'atto, oltretutto rispetto a ricorsi poi risultati fondati⁷⁷.

Il fatto che l'accelerazione si configuri come uno specifico strumento di tutela, spiega perché debbano essere sentite le parti e l'avvocato generale (anche se nella prassi applicativa il giudice vi provvede solo ove non ritenga di respingere direttamente la richiesta), anche in forme non tipiche, come attraverso delle «riunioni informali»⁷⁸. Anzi, il contraddittorio può spingersi sino a riguardare le regole del processo che il giudice deve a quel punto creare ad arte per quella specifica controversia⁷⁹. Ciò non stu-

⁷⁷ Trib., 15 novembre 2007, T-310/06, *Repubblica di Ungheria*; Trib., 14 luglio 2006, T-417/05, *Endesa*.

⁷⁸ Trib., 30 settembre 2009, T-341/07, *Jose Maria Sison*.

⁷⁹ In questo senso, Trib., 29 gennaio 2008, T-206/07, *Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware Co. Ltd*, che dà conto come, nell'ambito del procedimento, il Tribunale abbia convocato una riunione informale tra le parti ed il giudice relatore, al fine di esaminare le modalità di svolgimento del procedimento accelerato.

pisce, considerando che, in termini più generali, è di regola garantito il contraddittorio sulle misure di organizzazione: l'aspetto peculiare è che, mentre ordinariamente le misure di organizzazione si calano in un processo strutturato, la deformalizzazione conseguente alla accelerazione rimette al contraddittorio tra le parti la definizione integrale del rito che deve essere seguito.

Alla accelerazione può poi corrispondere una negoziazione del contenuto del ricorso. Su questo si innesta uno degli elementi più singolari della disciplina. L'istanza di accelerazione può infatti indicare «che taluni motivi o argomenti o taluni passi del ricorso o del controricorso veng[a]no dedotti unicamente nel caso in cui non sarà statuito mediante procedimento accelerato», se del caso accludendo una versione ridotta del ricorso nonché un elenco dei soli allegati di cui tener conto nel caso in cui si dovesse statuire mediante procedimento accelerato. Anzi, nell'esercizio del potere di fissare, con l'ordinanza che dispone l'accelerazione, le condizioni del processo, il giudice stesso può porre limitazioni circa il «volume» degli atti e le modalità di presentazione; talora la presentazione di una versione ridotta del ricorso è stata addirittura indicata come condizione per l'accoglimento dell'istanza⁸⁰.

La *ratio* sottesa a questa norma disvela la natura del rito.

La rinuncia a parte del ricorso si lega al fatto che, sebbene nulla dica il legislatore al riguardo, il procedimento accelerato è considerato inconciliabile con accertamenti troppo articolati. Nell'ottica del giudice la complessità dell'oggetto del giudizio non può che richiedere la (relativa) formalità dell'ordinario processo cognitorio: non a caso è stata considerata elemento tale da giustificare il rigetto dell'istanza per l'accelerazione⁸¹.

6. *Mezzi per prevenire l'inutile dispendio di attività processuale. La causa matura per la decisione; il processo in contumacia*

Adattare il rito significa non semplicemente renderlo adeguato, ma anche evitare lo svolgersi di attività processuali non necessarie, quando lo schema tipico risulti in qualche modo «sovradimensionato»⁸². Ciò trova una conferma, ed anche una più chiara evidenza, allorché si verifichino nel processo due evenienze, anch'esse significativamente disciplinate nei regolamenti di procedura all'interno di un titolo dedicato ai «procedimenti speciali».

⁸⁰ Trib., *Jose Maria Sison*, cit.; Trib., 23 ottobre 2008, T-256/07, *People's Mojahedin Organization of Iran*.

⁸¹ Trib., 21 settembre 2005, T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf*; viceversa, il rito accelerato ha talora comportato la rinuncia ad alcune censure: Trib. 9 luglio 2007, T-282/06, *Sun Chemical Group BV*.

⁸² G. Falcon, *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 770.

La prima evenienza, in qualche modo nota anche nel diritto nazionale, è quella in cui il giudice reputi manifesto che la causa non richieda alcuna (o alcuna ulteriore) attività processuale, perché motivi di rito ostano alla trattazione del merito (in quanto il ricorso è manifestamente irricevibile o il giudice è manifestamente incompetente) o perché la domanda è manifestamente infondata in diritto. In questi casi il Tribunale, sentito l'avvocato generale, può decidere con ordinanza motivata «senza proseguire il processo»⁸³. Ciò non è invece consentito allorquando l'infondatezza dipenda da carenze nell'allegazione o nelle richieste di prova dei fatti, quant'anche manifesta. Non è infatti possibile statuire sulla esistenza o inesistenza dei fatti prima dello svolgimento dell'istruttoria, giacché, dati i poteri officiosi del giudice, ove le parti non avessero dedotto quanto occorra o articolato le prove necessarie, lo stesso giudice dovrebbe comunque attivarsi d'ufficio.

Un tratto singolare va però sottolineato. In un processo nel quale ogni singola decisione, anche di organizzazione del rito, è preceduta da un contraddittorio, l'ordinanza con cui il giudice chiude il giudizio non richiede che siano sentite le parti (ma solo l'avvocato generale, se presente). Il contraddittorio è invece recuperato in relazione ad una previsione che pure presenta, rispetto a quella menzionata, una identica *ratio*. In qualsiasi momento, su istanza di parte o di propria iniziativa, il giudice può decidere di pronunziarsi su questioni di irricevibilità o dichiarare che il ricorso è divenuto privo di oggetto e che non vi è più luogo a statuire. La pronuncia presuppone però che entrambe le parti siano sentite: anzi, se è sollecitata da una istanza di parte, il giudice fissa all'altra un termine per le sue deduzioni scritte, poi la causa prosegue oralmente.

L'altra evenienza che trasforma il procedimento ordinario in un 'procedimento speciale' è la contumacia del convenuto⁸⁴.

Nel processo amministrativo nazionale la contumacia non ha espressa considerazione; il processo, anche di fronte all'amministrazione che non si costituisca, prosegue nelle sue forme ordinarie. La soluzione offerta dal diritto dell'Unione cerca invece di contemperare l'esigenza di evitare che l'articolazione ordinaria del processo, in quanto congegnata funzionalmente al dibattito tra le parti, porti ad uno spreco di attività processuale, con la contrapposta esigenza di garantire, da un lato, il corretto accertamento dei fatti, dall'altro, la possibilità di un recupero, seppur tardivo, del contraddittorio.

Il ricorrente, nel caso in cui il convenuto non si costituisca nei termini, può chiedere al giudice di decidere accogliendo le proprie conclusioni, con domanda da notificare alla parte contumace; ciò contrae fortemente il processo, che, omessa ogni altra formalità, può arrivare subito alla sua

⁸³ Art. 113 reg. proc. Trib.; art. 92, par. 2, reg. proc. Cg.

⁸⁴ Art. 122 reg. proc. Trib.; art. 94 reg. proc. Cg.

conclusione⁸⁵. Bilanciano questa estrema celerità, sia il potere-dovere del giudice (peraltro generale) di accertare che comunque il ricorso sia ricevibile e siano state regolarmente adempiute le formalità prescritte, sia il potere di disporre autonomamente i mezzi istruttori che consentano di accertare la fondatezza della domanda. La contumacia rileva dunque solo in ordine al rito e non ha la conseguenza di far considerare come accertati i fatti non contestati: d'altra parte, il rilievo dell'interesse pubblico, nel processo, non permette di ritenere provati i fatti dedotti per il solo fatto della mancanza di un contraddittore.

L'aspetto più interessante della disciplina posta risiede tuttavia nell'instabilità della sentenza contumaciale, avverso la quale è ammesso non già l'appello, ma una opposizione da proporsi nelle forme dell'atto introduttivo del giudizio, entro il termine di un mese a decorrere dalla notifica della sentenza. La notifica dell'opposizione porta il giudice alla fissazione di un termine per la presentazione di osservazioni scritte: il procedimento riprende e prosegue nelle sue forme ordinarie. Dunque, il tentativo di chiudere il giudizio si scontra con il diritto del convenuto di rimettere in discussione la decisione assunta, non solo contestando la esistenza dei presupposti della contumacia, ma semplicemente pretendendo di ridiscutere il merito⁸⁶.

7. *Poteri decisori del giudice e scelta della forma di tutela. La disponibilità (per il giudice) della domanda*

Una volta esaurita la sequenza processuale che consegna al giudice gli elementi per la decisione, il processo torna ad essere sensibile alla natura dell'azione promossa. La multiformità delle azioni, che il processo ha compresso e incanalato in un comune percorso, riemerge, producendo una analoga multiformità delle decisioni. Si riconoscono così, agevolmente, le tipologie classiche delle sentenze di accertamento, di annullamento, di condanna, esito, per usare una diversa sistemática, del *contentieux de déclaration, d'annulation, de pleine juridiction*⁸⁷.

Analizzando le diverse sentenze in ordine inverso di problematicità (almeno nella prospettiva che qui interessa), le sentenze di condanna non sembrano porre questioni particolari. Esse hanno forza esecutiva⁸⁸, ma la esecuzione si svolge secondo le norme di procedura civile degli Stati mem-

⁸⁵ Trib., 14 ottobre 2004, T-56/02, *Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG*; CgCe, 16 ottobre 2003, C-30/03, *Instituto Tecnológico para a Europa Comunitária*; 9 novembre 2000, C-356/99, *Hitesys SpA*; 1 ottobre 1998, C-285/96, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana*.

⁸⁶ Trib., 27 febbraio 2003, T-20/00 OP, *Ivo Camacho-Fernandes*; 12 gennaio 1995, T-85/94, *Eugénio Branco*.

⁸⁷ J. Molinier, *Droit du contentieux européen*, Paris, 1996; L. Sauron, *Droit et pratique du contentieux communautaire*, Paris, 1997.

⁸⁸ Art. 280 Tr. funz. Ue.

bri in cui è effettuata, fermo restando che la sospensione dell'esecuzione forzata può essere disposta solo del giudice comunitario⁸⁹.

Ha natura di accertamento, innanzitutto, la sentenza che conclude il giudizio sull'inerzia delle istituzioni, con cui il giudice si limita alla «constatazione» della violazione⁹⁰, senza alcuna potere di condanna, e, a maggior ragione, senza che gli sia possibile sostituirsi, direttamente o indirettamente, alla amministrazione. Ad un mero accertamento il giudice provvede altresì nei giudizi che abbiano ad oggetto l'infrazione dello Stato membro, che il giudice conclude «riconoscendo» che lo Stato ha mancato ai suoi obblighi⁹¹. Nonostante i limiti posti al giudice, tali accertamenti non sono però privi di effetto sulla successiva attività amministrativa.

Per espressa previsione del Trattato, l'accertamento dell'illegittimità dell'astensione dell'istituzione obbliga all'adozione dei provvedimenti necessari per dare esecuzione alla sentenza. Se dunque già in origine vi è un obbligo di agire, che deriva dalla normativa (e che è condizione dell'esistenza di un'inattività illegittima), una volta intervenuta la sentenza, a quell'obbligo si sostituisce un obbligo di ottemperanza del giudicato il cui contenuto è evidentemente più stringente, avendo il giudice accertato, precisato e dato evidenza al comportamento doveroso che l'istituzione avrebbe dovuto tenere e non ha tenuto. Questo è però il massimo risultato conseguibile attraverso il processo: non vi sono norme di chiusura che offrano la garanzia che l'obbligo sia ottemperato, non essendo prevista alcuna iniziativa giurisdizionale che possa condurre al conseguimento certo del bene 'provvedimento'. La decisione ultima è dunque lasciata ad un momento finale di mediazione politica, evidenziando una lacuna nell'ordinamento che è certamente criticabile in relazione ai casi di mancata adozione di atti amministrativi individuali doverosi, in qualche modo comprensibile allorquando invece si abbia a che fare con atti generali o altamente discrezionali, o, addirittura, con atti normativi⁹².

Come già emerso, l'atteggiamento dell'Unione europea rispetto agli Stati è invece più stringente. L'accertamento dell'infrazione degli Stati membri dà origine anche in questo caso ad un obbligo ulteriore, quello di «prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza comporta». In mancanza di ciò, interviene di nuovo la Commissione per precisare qua-

⁸⁹ Art. 299 Tr. funz. Ue.

⁹⁰ Art. 265 Tr. funz. Ue.

⁹¹ Art. 260, par. 1, Tr. funz. Ue.

⁹² La diversità dei piani rende difficile una comparazione. Si può tuttavia pensare alle problematiche, nel nostro ordinamento, poste dalle sentenze della Corte che accertino l'illegittimità costituzionale delle omissioni legislative. Quando invece l'obbligo di adottare un atto normativo non derivi dalla Costituzione, ma da un atto normativo di diverso rango, è difficile ipotizzare che vi sia un obbligo giuridico sanzionabile di provvedere, essendo l'attuazione per lo più rimessa alla responsabilità politica dell'organo che deve provvedere (attuazione di leggi deleghe, adozione di regolamenti attuativi ecc.).

li provvedimenti lo Stato avrebbe dovuto prendere e non ha preso⁹³; vi è dunque una fase di precontenzioso che condiziona l'ammissibilità di successive azioni, in cui l'organo politico 'interpreta' la sentenza, traducendone le statuizioni in modalità di successivo esercizio del potere⁹⁴. Solo dopo l'ulteriore mancato adempimento, la Commissione (e non anche gli Stati membri, quant'anche l'azione fosse stata originariamente proposta da questi) può decidere di adire la Corte di giustizia affinché condanni lo Stato inadempiente al pagamento di una somma forfettaria o di una pena⁹⁵, se del caso anche cumulativamente, sul modello francese delle *astreintes*⁹⁶. Una volta intentata l'azione, tuttavia, la Corte non è vincolata alla domanda della Commissione, potendo sia infliggere una condanna non richiesta, sia commisurare una sanzione diversa da quella proposta⁹⁷: appartiene alla Corte un «potere discrezionale», da esercitare tenendo conto delle circostanze e, in particolare, della gravità dell'inadempimento e della capacità finanziaria dello Stato membro interessato, ma anche «delle conseguenze dell'omessa esecuzione sugli interessi privati e pubblici e dell'urgenza di indurre lo Stato membro interessato a conformarsi ai suoi obblighi»⁹⁸. La condanna riveste così un carattere sanzionatorio e propulsivo, teso a far sì che «lo Stato membro che non attua una sentenza di condanna per inadempimento modifichi il suo comportamento e metta fine all'infrangimento addebitatagli»: coerentemente la Corte ha qualificato tale giudizio come «uno speciale procedimento giudiziario di esecuzione delle sentenze, in altri termini come un mezzo di esecuzione»⁹⁹.

Anche rispetto alle sentenze di annullamento, si riscontra la mancanza di mezzi direttamente o indirettamente esecutivi, almeno allorquando si

⁹³ È peraltro sufficiente, in relazione a ciò, che la Commissione offra gli elementi che consentano di identificare i comportamenti doverosi, anche senza individuarli specificamente: CgCe, 7 luglio 2009, C-369/07, *Commissione c. Repubblica Ellenica*.

⁹⁴ D'altra parte già nella fase pre-contenziosa la Commissione, prima di rivolgersi alla Corte di giustizia, deve formulare un parere motivato, consentendo allo Stato di formulare le proprie osservazioni (art. 258 Tr. funz. Ue); se l'azione è promossa da un altro Stato membro, questi deve prima rivolgersi alla Commissione che, dopo un contraddittorio scritto e orale tra gli Stati interessati, esprime un parere (ove la Commissione non vi provveda nel termine di tre mesi, lo Stato può comunque adire la Corte: art. 259 Tr. funz. Ue).

⁹⁵ Su questo profilo, si veda la comunicazione della Commissione 13 dicembre 2005, SEC(2005) 1658.

⁹⁶ S. Van Der Jeught, "Double manquement" – *Les recours contre un Etat membre pour non-exécution d'un arrêt en manquement*, in *Journ. trib - Dr. europ.*, 2006, p. 289, secondo cui peraltro la Commissione non potrebbe scegliere, ma sarebbe tenuta ad adire ulteriormente la Corte (ivi, p. 293); T. Van Rijn, *Non-exécution des arrêts de la Cour de justice par les états membres*, in *Cah. dr. europ.*, 2008, p. 104; J.L. Sauron, *Droit et pratique du contentieux communautaire*, cit., p. 70.

⁹⁷ CgCe, 12 luglio 2005, C-304/02, *Commissione /Repubblica francese*.

⁹⁸ CgCe, 25 novembre 2003, C-278/01, *Commissione/Spagna*.

⁹⁹ Cgce, *Commissione /Repubblica francese*, cit.

tratti di sentenze degli organi giudiziari dell'Unione¹⁰⁰, ma la giurisprudenza ha apportato alcuni correttivi. Se il ricorso contro un atto è fondato, il giudice dichiara l'atto «nullo e non avvenuto», espressione linguistica fuorviante, poiché la sentenza ha in realtà effetto costitutivo, eliminando l'atto impugnato con effetto retroattivo¹⁰¹.

Il rigoroso rispetto del principio di separazione dei poteri impedisce al giudice di definire in positivo gli effetti della sentenza di annullamento in ordine al riesercizio della funzione¹⁰². Tuttavia, per un verso, il Trattato pone l'obbligo, all'istituzione che abbia emanato l'atto annullato, di prendere i provvedimenti necessari per l'esecuzione della sentenza¹⁰³. Per altro verso la giurisprudenza ha chiarito che l'istituzione non potrà riesercitare il potere commettendo lo stesso vizio¹⁰⁴ e, per evitarlo, dovrà considerare non soltanto il dispositivo della sentenza, ma anche la motivazione che ne costituisce il sostegno necessario¹⁰⁵. È evidente dunque che attraverso una valorizzazione della motivazione, il giudice può conformare l'attività amministrativa successiva.

Anche la mancanza di strumenti esecutivi appare poi temperata dal riconoscimento che il mancato rispetto dell'obbligo di dare esecuzione alla sentenza, entro un termine ragionevole¹⁰⁶, costituisce un illecito capace di generare un danno risarcibile, anche morale¹⁰⁷. Ciò che dunque

¹⁰⁰ Nel caso di atti amministrativi nazionali in contrasto con il diritto Ue, l'adozione o permanenza dell'atto, o comunque la mancata ottemperanza di una decisione tesa a ripristinare il diritto (al di là della esistenza di specifici mezzi nazionali di esecuzione), può costituire una infrazione che, come tale, innesca il meccanismo di accertamento e eventuale inflizione di sanzioni di cui agli artt. 258 ss. Tr. funz. Ue.

¹⁰¹ E. Paulin, *Les effets des arrêts d'annulation de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Cah. dr. europ.*, 1987, p. 243 ss.; J. Molinier, *Droit du contentieux européen*, cit., p. 71 ss.

¹⁰² CgCe, 15 dicembre 1994, C-320/92, *Finsider spa*; Trib., 7 ottobre 2009, T-420/05, *Vischim Srl*.

¹⁰³ Art. 266 Tr. funz. Ue.

¹⁰⁴ CgCe, 14 settembre 1999, C-310/97 P, *AssiDomän Kraft Products AB e altri*, (il che non significa peraltro, come precisa la Corte riformando una decisione del Tribunale di segno contrario, che «essa debba, su domanda degli interessati, riesaminare decisioni identiche o analoghe, che si asseriscono inficiate dalla stessa irregolarità, rivolte a destinatari diversi dal ricorrente»)

¹⁰⁵ Trib., 2 marzo 2004, T-197/02, *Georges Caravelis*; 26 ottobre 2000, T-154/98, *Asia Motor France SA*.

¹⁰⁶ Trib., 9 luglio 2008, T-301/01, *Alitalia*.

¹⁰⁷ Trib., 12 dicembre 2000, T-11/00, *Michel Hautem*: «il rifiuto, da parte di un'istituzione o di un organismo comunitario, di eseguire una sentenza del Tribunale, anche se si limita al periodo compreso tra la pronuncia di tale sentenza e la pronuncia che la Corte deve emanare sul ricorso avverso la sentenza del Tribunale, costituisce un pregiudizio all'affidamento che chiunque deve riporre nei confronti dell'ordinamento giuridico comunitario, basato, segnatamente, sul rispetto delle decisioni emanate dai giudici comunitari. Pertanto, indipendentemente da qualsiasi danno materiale eventualmente derivante dalla mancata esecuzione di una sen-

manca, nell'ordinamento, è in effetti un diritto alla tutela in forma specifica, quando si pretenda altro rispetto al mero annullamento, ma l'interesse protetto, almeno nella forma della riparazione per equivalente, è salvaguardato fino in fondo.

L'aspetto più problematico che si pone in relazione ai poteri decisori del giudice, anche in relazione alla compatibilità con alcuni principi fondamentali tanto del diritto dell'Unione europea, quanto del diritto nazionale, attiene però soprattutto al modo in cui il giudice ha ritenuto di poter condizionare la tutela, discostandosi significativamente dal principio della domanda.

Il punto di partenza di una evoluzione giurisprudenziale che ha avuto esiti rilevanti, è l'art. 231, par. 2, TrCe¹⁰⁸, secondo cui il giudice poteva stabilire quali effetti prodotti da un regolamento annullato dovessero comunque considerarsi definitivi¹⁰⁹. I regolamenti possono essere impugnati solamente dagli Stati o dalle istituzioni: è vero dunque che il condizionamento coinvolgeva direttamente soltanto certi particolari contenziosi, ma era comunque già in grado di riflettersi anche sulle situazioni soggettive individuali di coloro che avessero proposto ricorso a livello nazionale contro atti o attività fondate sulla norma dell'Unione poi venuta meno. Tale potere del giudice è stato poi esteso dall'art. 264 Tr. funz. Ue, che consente oggi al giudice di limitare gli effetti dell'annullamento, qualunque sia l'atto impugnato e travolto dalla decisione.

Parallelamente, il giudice ha esercitato un potere analogo, in via pretoria e comunque sulla base del richiamo ai principi di certezza, buona fede e legittimo affidamento, per ciò che concerne gli effetti di una decisione pregiudiziale che accerta la contrarietà al diritto dell'Unione di una normativa nazionale¹¹⁰. Ciò con evidenti problemi, sia in generale, perché la violazione del diritto Ue può perpetrarsi senza che, almeno per un certo ambito temporale, il cittadino possa avere tutela, sia in specifico in relazione all'ordinamento italiano, nel quale la violazione del diritto dell'Unione da parte di un atto legislativo costituisce vizio di costituzionalità, per cui,

tenza, il rifiuto esplicito di darvi esecuzione comporta, di per sé, un danno morale per la parte che ha ottenuto una sentenza favorevole». Ciò anche tenuto conto che «il comportamento illegittimo della BEI ha inconfutabilmente posto il ricorrente in una situazione protratta di incertezza e d'inquietudine circa il riconoscimento dei propri diritti e il suo futuro professionale, poiché l'indeterminatezza della sua attuale posizione professionale è anche all'origine delle difficoltà dell'interessato per trovare un'occupazione. Tale situazione integra manifestamente un danno morale».

¹⁰⁸ Si veda sulla applicazione: C. Waldhoff, *Recent developments relating to the retroactive effect of decisions of the ECJ*, in *CMLR*, 2009, p. 173 ss.

¹⁰⁹ Ciò esercitando un «rilevante potere discrezionale» P. Biavati, *Diritto processuale dell'Unione europea*, cit., 69.

¹¹⁰ Così, «applicando il principio generale della certezza del diritto inerente all'ordinamento giuridico comunitario, la Corte può essere indotta a limitare la possibilità per gli interessati di far valere una disposizione da essa interpretata onde rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede, purché nella stessa sentenza che dichiara l'incompatibilità» (CgCe, 6 marzo 2007, C-292/04, *Weinand Meilicke*).

ove essa venga sanzionata dalla Corte costituzionale, l'effetto retroattivo sarebbe pieno, salvo i rapporti esauriti, mentre, ove venga sanzionata dal giudice europeo, gli effetti potrebbero essere contenuti nel tempo.

Non meno problematica l'estensione del potere del giudice di limitare gli effetti della sentenza ai casi di accertamento di una infrazione da parte di uno Stato membro, che, parimenti, può consentire di paralizzare la tutela di situazioni soggettive di privati nei confronti dello Stato inadempiente e che anzi è stato invocato proprio a tale scopo¹¹¹.

Il riferimento ai principi generali è stato ancora ulteriormente valorizzato. Il richiamo a tali principi ha portato il giudice a ritenere di poter «convertire» la domanda proposta ed offrire una tutela diversa e non richiesta, più funzionale all'assetto complessivo degli interessi sotteso alla fattispecie. In particolare, il giudice ha rifiutato di annullare certi atti, tenuto alternativamente conto della natura dell'illegittimità, delle esigenze del servizio, degli interessi dei terzi (qualificati dal legittimo affidamento), quando, alla luce di una valutazione comparativa, l'annullamento sarebbe risultato una misura sproporzionata, per accordare invece o il risarcimento del danno morale¹¹² o condannare, anche d'ufficio, l'istituzione convenuta al pagamento di un'indennità, o «invitare» la detta istituzione a tutelare adeguatamente i diritti del ricorrente ricercando una soluzione equa al suo caso¹¹³. Il che è singolare anche considerando che il giudice, per giurisprudenza consolidata, non può decidere *ultra petita*¹¹⁴.

Siamo di fronte, in questo caso, ad una forma di adattamento per nulla assimilabile a quelle precedentemente esaminate. Non si adatta il rito, quindi non si adatta lo schema in funzione del risultato, ma, in ultimo, si adatta lo stesso risultato a certe esigenze e dati esogeni alla situazione soggettiva fatta valere, in contenziosi promossi da persone a tutela dei propri interessi, sulla base di una mera prassi giurisprudenziale sulla cui legittimità non si può non interrogarsi.

8. *La differenziazione del processo e la figura del giudice regolatore. Contraddittorio versus legalità?*

Nel panorama complessivo delle scelte sul tipo di processo fatte nei diversi ordinamenti degli Stati membri, il sistema processuale dell'Unione europea presenta tratti di spiccata peculiarità: l'unicità del rito, a prescindere

¹¹¹ CgCe, 7 giugno 2007, C-178/05, Commissione c. Repubblica ellenica.

¹¹² CgCe, 1 giugno 1995, C-119/94, *Coussios*.

¹¹³ Trib., 31 marzo 2004, T-10/02, *Marie-Claude Girardot*.

¹¹⁴ Già CgCe, 14 dicembre 1962, *Meroni*, C-46/59 e 47/59; 28 giugno 1972, C-37/71, *Jamet*; 14 settembre 1999, C-310/97, *AssiDomän Kraft Products AB e altri*. È stato peraltro notato che la Corte ha dato del principio una *interprétation souple*: F. Castillo de la Torre, *Le relevé d'office par la juridiction communautaire*, cit., p. 460.

dere dall'azione promossa, da un lato; la sua adattabilità al caso concreto, dall'altro. Questi due aspetti in effetti appaiono legati. Di fronte alla eterogeneità delle controversie portate di fronte al giudice e alla pluralità delle azioni proponibili, il rito può essere unico nella misura in cui riesca a modellarsi in funzione delle esigenze proprie della controversia, quindi nella misura in cui riesca ad essere adeguatamente flessibile.

Cambia in questo modo la tecnica di regolazione del processo. La diversità delle controversie, che può esservi e che concretamente vi è, non è tradotta *ex ante* in regole processuali *ad hoc*, ma è invece *ex ante* solo prevista e affrontata riconoscendo al giudice il potere di incidere sul rito. Si raccolgono e soddisfano in questo modo esigenze diverse legate alla diversa importanza della causa, anche in relazione alla natura dell'atto in contestazione (finanche un atto normativo) e all'assetto di interessi (pubblici e privati) su cui la sentenza va ad incidere, alla diversa complessità degli accertamenti da compiere, alle particolari modalità di contraddittorio o istruttoria, dipendenti dal tipo di azione proposta e/o delle circostanze sostanziali o processuali in cui il contenzioso si è innestato.

Dunque per un verso la valutazione caso per caso può sopperire alla mancata differenziazione processuale delle azioni, per altro verso però va oltre e riesce ad adattare il rito a circostanze che si disvelano solo dentro il processo¹¹⁵, attenuando il rischio di un rito che pecchi, perché troppo scarso o, all'opposto, perché troppo articolato.

Le radici della differenziazione sono in effetti eterogenee. Essa tende certo a fornire una prestazione di giustizia «adeguata», misurando di volta in volta quanta «attività processuale» sia necessaria per rendere il servizio richiesto, non solo alla luce delle esigenze processuali specifiche, ma anche del rilievo che la decisione riveste in relazione alla realizzazione dei valori generali della Unione. Ciò ha però un rilievo anche in negativo e comunque funzionalmente ad un interesse ulteriore: un processo è idoneo anche in quanto non sia sovradimensionato, in quanto non concentri in un certo giudizio sforzi organizzativi e risorse non necessari.

Da un lato, dunque, effettività della tutela; dall'altro, buona amministrazione della giustizia.

La scelta di quale rito seguire è in questo senso parte della decisione della controversia, al punto che, in relazione ad alcuni profili, l'errore può essere motivo di illegittimità della sentenza allorquando incida, almeno potenzialmente, sul suo contenuto (perché limita il diritto alla prova, il contraddittorio, o comunque l'effettività della protezione). La tutela offerta dal giudice è, in sé, sempre una tutela differenziata: il rito preordinato alla tutela è, in questo senso, sempre un rito speciale.

Demandare la differenziazione non ad una normativa che predetermina gli elementi differenziali, ma al processo, porta il giudice ad assumere

¹¹⁵ Diversamente, rispetto al rito che riguarda la decisione sui rinvii pregiudiziali, il regolamento di procedura prevede non solo una procedura accelerata,

un ruolo creativo che evoca l'idea del giudice-legislatore¹¹⁶, non estranea alla sensibilità di alcuni Stati membri e che comunque nell'ordinamento europeo non sembra porre i problemi che pone nei sistemi dell'Europa continentale. In esso, infatti, la relativa legittimazione democratica degli organi dell'Unione obbliga a dare rilievo, come fondamento generale del potere normativo, a profili diversi dalla rappresentatività e, in questo contesto, l'imparzialità e la capacità tecnica dei giudici finiscono con il rendere più accettabile il fatto che essi creino direttamente le regole da applicare.

A ciò si aggiunge più concretamente il fatto che le regole si plasmano nel processo, in una situazione di contraddittorio e conoscibilità. Questo stempera ancora il problema della legalità, anche in relazione all'altro profilo che tale principio evoca, relativo alla necessaria predeterminazione della disciplina. La regola è da un lato conoscibile, perché si forma alla presenza delle parti, le quali anzi, dall'altro lato, contribuiscono alla sua elaborazione. In questa prospettiva, il diritto di interloquire nella formazione della regola (in altri termini, e da un diverso angolo visuale, il diritto alla partecipazione) può ben costituire il fondamento del potere del giudice di ordinare il processo, dando risposta a quelle esigenze di *transparency* e *accountability* cui il diritto dell'Unione appare sempre più sensibile¹¹⁷. E ciò anche nei casi nei quali la decisione produca effetti non limitati alle parti in causa, ma *erga omnes*¹¹⁸, perché l'accesso al processo, di cui è data

attivabile quando «le circostanze invocate comprovino l'urgenza straordinaria di statuire sulla questione proposta in via pregiudiziale», ma anche una procedura d'urgenza, cui il giudice può (ma non deve) ricorrere proprio in settori predeterminati: S. Van Der Jeught, Et I. Kolowcala, *Nouvelle procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Journ. dr. europ.*, 2008, p. 175; C. Naômé *La procédure accélérée et la procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice des Communautés européennes*, ivi, 2009, p. 237. Sulla evoluzione della giurisprudenza in ordine al rinvio pregiudiziale, T. Tridimas, *Knocking on Heaven Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure*, in *CMLR*, 2003, p. 10 ss.

¹¹⁶ Tanto più che il giudice ha un ruolo di proposta anche rispetto al regolamento di procedura (*supra*, par. 1).

¹¹⁷ «Transparency and accountability – è stato osservato – have become the order of the day» (T. Arnulf *The action for Annulment: a Case of Double Standard's*, in D. O'Keefe, *Judicial Review in the European Union*, vol. I, 2000, p. 177).

¹¹⁸ Si tratta dell'ipotesi dell'annullamento di un atto normativo richiesto da uno Stato o da una istituzione comunitaria, che peraltro costituisce la fattispecie più ricorrente date le limitazioni poste all'accesso al giudice per i privati (A. Albers-Llorens, *The Standing of Private Parties to Challenge Community Measures: has the European Court missed the Boat?*, in *Camb. Law Journ.*, 2003, p. 72 ss.; G. Schohe, *La réforme du contentieux communautaire du point de vue des droits du particulier*, cit., p. 675; F. Schmied, *L'accès des particuliers au juge de la légalité – L'apport de l'arrêt Unibet*, in *Journ. trib. – Dr. europ.*, 2007, p. 166; D. Vaelbroeckle, *Droit au recours juridictionnel effectif du particulier trois pas en avant, deux pas en arrière*, in *Cah. dr. europ.*, 2002, p. 3). È stato notato che anche in relazione a questo profilo l'approccio della Corte rispetto al proprio processo sembra ben più restrittivo di

conoscenza attraverso la pubblicazione nella *Guue* e che diviene in questo modo un 'fatto pubblico'¹¹⁹, è comunque garantito a tutti gli altri Stati attraverso l'intervento.

Contraddittorio *versus* legalità, sembrerebbe potersi dire, ma non sarebbe una prospettiva sino in fondo soddisfacente.

Il diritto dell'Unione europea manifesta, nei suoi orientamenti generali, una sempre maggiore insofferenza rispetto a regolazioni che non abbiano la capacità di adattarsi alle specifiche fattispecie. Di qui il ricorso a regolazioni negoziate, la pretesa di sempre maggiori forme partecipative, l'esigenza che la regolazione sia fatta con atti non legislativi e che sia progressivamente rivista nel tempo¹²⁰. La disciplina processuale, su un versante diverso, sembra manifestare una analoga sensibilità: il sistema rinuncia in parte alla prevedibilità, ma implementa la sua capacità di disciplinare effettivamente, nel modo voluto e per gli interessi perseguiti, le fattispecie che vi ricadono. Nella fattispecie «processo», l'interesse perseguito è il ripristino della situazione soggettiva e, per usare l'espressione con cui lo stesso Trattato Ue, all'art. 19, qualifica la tutela giurisdizionale, al contempo il ripristino della legalità¹²¹.

Si può dunque invertire la formula da cui si è partiti. Il contraddittorio sostituisce la legalità quale elemento legittimante la regola che si applica al processo, ma, al contempo, produce regole adattate al caso che rendono il rito più efficace e perciò più capace di dare tutela e ripristinare il diritto violato. Contraddittorio per la legalità, sembra allora doversi dire, in un contesto in cui il fuoco della disciplina diviene non la legalità processuale ma la legalità sostanziale.

Se ciò è, la «regolazione giudiziale» del processo incontra però alcuni limiti, che talora, nell'applicazione pratica, sembrano valicati. In primo luogo certe forme di negoziazione, tramite le quali il ricorrente rinuncia a parte del ricorso pur di potere accedere ad un determinato rito non sembrano accettabili¹²². Se vi è l'esigenza di provvedere in maniera urgente, il soddisfacimento di tale esigenza non può dipendere dal fatto che il ri-

quello che invece assume rispetto al processo negli Stati membri: F.G. Jacobs, *The Evolution of European Legal Order*, in *CMLR*, 2004, p. 314.

¹¹⁹ Art. 13, par. 6, reg. proc. Cg; art. 24, par. 6, reg. proc. Trib.: la pubblicazione comprende anche l'indicazione dei «motivi» e dei «principali argomenti».

¹²⁰ Si veda, su questi profili, J.V. Louis, *Negotiated and Non Negotiated-Administrative Rule Making: the Example of EC Competition Policy*, in *CMLR*, 2006, p. 153 ss. Quanto alla riserva di regolazione come fattore di adattabilità delle discipline, sia consentito rinviare a S. Torricelli, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Milano, 2007, p. 245.

¹²¹ Al punto che lo stesso riconoscimento di alcune forme di tutela è dipeso dalla loro funzionalità rispetto al conseguimento degli obiettivi generali: si veda a esemplificare il fenomeno, il Libro Verde *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM(2005), 672.

¹²² *Supra*, par. 5.

corso sia o meno complesso e non si può accettare o travisare una norma che prevede il deposito di atti in versione ridotta, attribuendo ad essa il significato di consentire un 'baratto' per cui il ricorrente debba, in cambio del privilegio, limitare i motivi di ricorso, perché ciò costituisce una compressione del diritto alla tutela giurisdizionale.

Un'analogia limitazione del diritto alla tutela si produce allorché il giudice pretende di trasferire i propri poteri di regolazione dal piano della definizione dell'iter processuale (ove gli sono espressamente riconosciuti) al piano della 'quantità' e tipologia di tutela da accordare (ove non gli sono riconosciuti e che egli trae dalla applicazione di supposti principi generali). Qui non si sacrificano esigenze di predeterminazione delle regole per implementare l'effettività, ma si sacrifica proprio l'effettività, in funzione di interessi estranei all'oggetto del giudizio, che vi compaiono al più solo nella fase cautelare. Altro è ammettere che le regole processuali si possano adattare secondo un principio di proporzionalità, altro è consentire che le tutele necessarie alla completa soddisfazione dell'interesse fatto valere siano subordinate ad una valutazione di meritevolezza da parte del giudice, in relazione agli effetti che la tutela richiesta produce sull'assetto degli interessi¹²³. La scansione processuale è regolabile; non lo è la domanda e non dovrebbe esserlo la tutela, se non al più in casi eccezionali e previamente determinati nei presupposti.

Il processo, dunque, se inteso nel suo significato di insieme coordinato di garanzie procedurali, una volta che sia stato definito nelle sue linee essenziali può essere lasciato ad un potere regolatorio del giudice, proprio perché questo agevola la tutela dell'interesse protetto. Da ciò non può trarsi però la conseguenza che il giudice possa darsi regole che, limitando la tutela, conformano il contenuto effettivo della situazione soggettiva¹²⁴. Le regole processuali, in definitiva, possono anche formarsi all'interno del processo; non le situazioni soggettive, che nascono altrove e debbono necessariamente preesistergli.

¹²³ La questione riguarda in realtà anche i rapporti con le legislazioni nazionali. Talora, infatti, anche il diritto dell'Unione espressamente consente agli Stati membri di condizionare la tutela in funzione di esigenze di interesse generale: ne è un esempio l'art. 2 quinquies dir. 89/665/CEE, poi recepito da varie legislazioni nazionali (si vedano, ad esempio, per la Francia, l'ord. n. 2009-515 del 7 maggio 2009 – che ha introdotto gli art. 551-13 ss CJA –, per l'Italia, l'art. 44, co. III, lett. h, punti 1, 2, 3, l.n. 88/2009).

¹²⁴ Il che rappresenta d'altra parte un elemento in controtendenza rispetto agli sviluppi che hanno portato il diritto dell'Unione europea a valorizzare progressivamente l'effettività della tutela: A. Ward, *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law*, ed. II, Oxford, 2007, p. 258 ss.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Domenico Sorace – Professore ordinario di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Firenze.

Alfredo Corpaci – Professore ordinario di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Firenze.

Matilde Carrà – Professore associato di diritto amministrativo presso la Facoltà di Architettura dell'Università degli Studi di Firenze.

Raffaella Briani – Dottore di ricerca in diritto pubblico presso il Dipartimento di diritto Pubblico 'Andrea Orsi Battaglini' dell'Università degli Studi di Firenze.

Wladimiro Gasparri – Professore associato di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Firenze.

Davide De Grazia – Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di diritto Pubblico 'Andrea Orsi Battaglini' dell'Università degli Studi di Firenze.

Simone Torricelli – Ricercatore di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Firenze.

INDICE SOMMARIO

DOMENICO SORACE

I giudici di Berlino, le tutele differenziate e l'equo processo VII

ALFREDO CORPACI

I riti speciali nella prospettiva della riforma del processo amministrativo italiano 1

1. Le ricorrenti istanze di riforma della giustizia amministrativa, e l'insuccesso dei progetti di revisione legislativa della disciplina processuale. Il disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati nell'ottobre del 1989 1
2. Il funzionamento del processo amministrativo tra l'opera integrativa e creativa della giurisprudenza e gli episodici e settoriali interventi del legislatore. La introduzione e moltiplicazione di discipline processuali differenziate 5
3. L'incerto e magmatico tema dei c.d. riti speciali 11
4. La problematica delega per il riassetto della disciplina del processo amministrativo prevista dalla legge n. 69 del 2009. Verso una riduzione e razionalizzazione dei c.d. riti speciali? 18

MATILDE CARRÀ

Atipicità del diritto di azione ed effettività della tutela nel processo amministrativo tedesco 25

1. Premessa 25
2. Garanzie procedurali ed effettività della tutela nel *Grundgesetz* e nella *Verwaltungsgerichtsordnung* 27
3. I principi generali che informano la disciplina unitaria del processo amministrativo 34
4. Il principio di atipicità del diritto di azione. Le ragioni della esclusione di un numero chiuso di azioni esperibili nel processo amministrativo 40
5. La collocazione delle diverse azioni nelle tipologie generali delle azioni costitutive, di condanna e di accertamento. Presupposti comuni per la decisione della causa nel merito 44
- 5.1 I presupposti specifici delle azioni che hanno ad oggetto un atto amministrativo 48
- 5.2 Gli autonomi procedimenti di tutela provvisoria che affiancano o precedono le diverse azioni. Cenni 52
6. Le azioni costitutive 57

6.1	L' <i>Anfechtungsklage</i>	57
7.	Le azioni di condanna	63
7.1	La <i>Verpflichtungsklage</i>	63
7.2	Le altre azioni di condanna: <i>allgemeine Leistungsklage</i> e <i>Unterlassungsklage</i> ; la <i>vorbeugende Unterlassungsklage</i>	68
8.	Le azioni di accertamento	71
8.1	L' <i>allgemeine Feststellungsklage</i>	72
8.1.1	La <i>vorbeugende Feststellungsklage</i>	76
8.2	La <i>Nichtigkeitsfeststellungsklage</i>	77
8.3	La <i>Fortsetzungsfeststellungsklage</i>	79
9.	Le azioni aventi ad oggetto norme secondarie: la <i>Normenkontrolle</i>	82
9.1	La <i>Normerlaßklage</i>	84
10.	Qualche considerazione finale	86

RAFFAELLA BRIANI

	<i>Effettività della tutela tra rito ordinario e riti differenziati nella giustizia amministrativa spagnola</i>	93
1.	L'utilità di uno studio sulla effettività della tutela tra rito ordinario e riti differenziati nella giustizia amministrativa spagnola	93
2.	Le linee essenziali del dibattito che ha preceduto l'approvazione della LJCA n. 29 del 13 luglio 1998	98
3.	Il giudice contenzioso-amministrativo e l'ambito della sua giurisdizione	102
4.	La frantumazione del rito ordinario in differenti «modalità di ricorso» operata nella LJCA del 1998	104
4.1	La disciplina comune a ciascuna «modalità di ricorso»	106
4.2	Le misure intese a garantire la tempestività della tutela	110
4.3	I tratti caratterizzanti la disciplina di ciascuna «modalità di ricorso»	112
4.4	Le criticità di questo modello sotto il profilo dell'adeguatezza della tutela erogata	118
5.	I riti differenziati	119
5.1	Il rito abbreviato	119
5.2	Il rito a tutela dei diritti fondamentali	120

WLADIMIRO GASPARRI

	<i>La struttura del contentieux administratif, le tutele differenziate e i riti speciali nell'ordinamento francese</i>	123
1.	Oggetto dell'indagine	123
2.	I criteri di identificazione delle figure di «tutela differenziata» e di «rito speciale» e la specialità nel <i>contentieux administratif</i> francese	129
3.	Il contenzioso amministrativo nell'ordinamento francese: la classificazione dei ricorsi	132

3.1	Il criterio legato alle forme di tutela	132
3.2	Il criterio della natura della controversia	133
4.	Il <i>recours pour excès de pouvoir</i> quale garanzia della legalità dell'ordinamento	135
4.1	I caratteri del <i>contentieux de l'excès de pouvoir</i> : il <i>recours pour excès de pouvoir</i> come processo all'atto e la sua capacità di adattamento ai mutamenti del diritto amministrativo sostanziale	136
4.2	La persistente natura oggettiva del <i>recours pour excès de pouvoir</i> e l'interesse a ricorrere	139
5.	Le tutele differenziate e i riti speciali appartenenti al <i>recours pour excès de pouvoir</i>	142
5.1	Il <i>déféré préfectoral</i> quale rito speciale in senso soggettivo ed oggettivo	143
5.2	Il <i>contentieux de l'urbanisme</i> quale rito differenziato nell'ambito del <i>contentieux de l'annulation</i> : l'esigenza di efficacia in un contenzioso amministrativo soggettivizzato	145
5.3	Il <i>recours en déclaration de nullité</i> : la differenziazione legata alla nullità del provvedimento amministrativo	152
5.4	Il <i>recours en appréciation de légalité/validité</i> degli atti amministrativi: la differenziazione legata alla presenza della pregiudiziale di <i>légalité</i> e la collaborazione tra le giurisdizioni	153
5.5	Il <i>recours dans l'intérêt de la loi</i> avverso gli atti amministrativi: una 'specialità' storica	156
6.	Il <i>contentieux de pleine juridiction</i> . L'ampliamento del campo di applicazione e i caratteri peculiari	157
6.1	L'evoluzione del <i>contentieux de pleine juridiction</i> : da contenzioso tipico a contenzioso composito o del tentativo di limitare la specialità dei riti	159
6.2	Il <i>recours de plein contentieux</i> quale contenzioso soggettivo sui <i>contrats administratifs</i> e sulla responsabilità dell'amministrazione pubblica: cenni	161
6.3	I <i>recours objectifs de plein contentieux</i> : i contorni del successo di una categoria eterogenea	163
6.4	Riti differenziati nella <i>pleine juridiction</i> : il contenzioso sulle <i>installations classées pour la protection de l'environnement</i> e quello sugli <i>édifices menaçant ruine</i>	168
7.	I ricorsi su rinvio della giurisdizione ordinaria: i <i>recours en interprétation</i>	170
7.1	Il <i>recours en interprétation</i> su rinvio	171
7.2	Il <i>recours direct en interprétation</i>	172
8.	Il rinvio al <i>Conseil d'Etat</i> delle c.d. questioni di <i>droit nouvelles</i> : i pareri in sede contenziosa per evitare incertezze e contrasti giurisprudenziali	174
9.	Il <i>contentieux de la répression</i> : i caratteri generali e il regime delle <i>contraventions de grande voirie</i>	175

10.	L'ampliamento dei poteri del giudice amministrativo quale giudice monocratico dell'urgenza: le misure provvisorie e le misure d'urgenza	177
11.	Le procedure di <i>référés</i> : tipologia e caratteri generali	179
12.	Le regole procedurali comuni ai differenti <i>référés</i>	183
13.	I <i>référés d'urgence</i>	185
13.1	La tutela cautelare mediante <i>référé-suspension</i>	185
13.2	Il procedimento d'urgenza a garanzia delle libertà fondamentali e del diritto di proprietà: il <i>référé-liberté</i> come forma di tutela differenziata	188
14.	I <i>référés ordinaires</i> : in particolare il <i>référé-provision</i> quale giudizio di merito sulla spettanza del credito	191
15.	Le procedure d'urgenza speciali	196
15.1	Il <i>référé-précontractuel</i> o dell'effettività della tutela in materia di <i>contrats administratifs</i>	200
15.2	Il <i>référé-contractuel</i> : un vero e proprio <i>recours contractuel</i> speciale	208
15.3	Le procedure di impugnazione delle misure di espulsione dal territorio nazionale	211
16.	Per concludere	214

DAVIDE DE GRAZIA

	<i>Il sistema di giustizia amministrativa del Regno Unito: verso l'integrazione delle tutele</i>	221
1.	Il sistema britannico di giustizia amministrativa	221
2.	La tutela data dalle corti: il <i>judicial review</i>	224
2.1	Rimedi, procedure e oggetto del sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa	224
2.2	Una tutela condizionata	229
2.3	La <i>procedural exclusivity</i>	231
2.4	I limiti posti alla conversione del rito	235
3.	La tutela non giurisdizionale: gli <i>administrative tribunals</i>	235
3.1	L'importanza dei <i>tribunals</i> come <i>substantial part of the system of justice</i>	235
3.2	Il <i>Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007</i>	238
3.2.1	Il nuovo assetto organizzativo	239
3.2.2	Il sistema delle impugnazioni	242
3.2.3	La centralità dell' <i>Upper Tribunal</i> nel nuovo sistema e i collegamenti con la tutela giurisdizionale	243
4.	Gli <i>ombudsman</i>	247
5.	Conclusioni: l'integrazione degli strumenti di tutela e il sistema di <i>Proportionate Dispute Resolution</i>	249

SIMONE TORRICELLI

	<i>Disciplina normativa e poteri del giudice nell'organizzazione del processo di fronte agli organi di giustizia dell'Unione europea</i>	253
--	--	-----

1.	Il processo e le sue fonti	253
2.	L'unicità del rito e le ragioni della sua adattabilità	255
3.	Un preliminare profilo di differenziazione. L'adeguamento in corso di causa della composizione dell'organo giudicante	259
4.	Il processo, tra regole uniformi e poteri del giudice. Le 'misure di organizzazione'	262
5.	Modi alternativi di gestione dell'urgenza: dalla tutela cautelare all'adattamento del rito	266
6.	Mezzi per prevenire l'inutile dispendio di attività processuale. La causa matura per la decisione; il processo in contumacia	271
7.	Poteri decisorî del giudice e scelta della forma di tutela. La disponibilità (per il giudice) della domanda	273
8.	La differenziazione del processo e la figura del giudice regolatore. Contraddittorio versus legalità?	278
	<i>Notizie sugli autori</i>	283
	<i>Indice sommario</i>	285

STUDI E SAGGI

Titoli pubblicati

ARCHITETTURA E STORIA DELL'ARTE

- Benelli E., *Archetipi e citazioni nel fashion design*
Benzi S., Bertuzzi L., *Il Palagio di Parte Guelfa a Firenze. Documenti, immagini e percorsi multimediali*
Biagini C. (a cura di), *L'Ospedale degli Infermi di Faenza. Studi per una lettura tipomorfologica dell'edilizia ospedaliera storica*
Fрати M., "De bonis lapidibus conciiis": la costruzione di Firenze ai tempi di Arnolfo di Cambio. *Strumenti, tecniche e maestranze nei cantieri fra XIII e XIV secolo*
Gregotti V., *Una lezione di architettura. Rappresentazione, globalizzazione, interdisciplinarietà*
Maggiara G., *Sulla retorica dell'architettura*
Mazza B., *Le Corbusier e la fotografia. La vvérité blanche*
Messina M.G., *Paul Gauguin. Un esotismo controverso*
Tonelli M.C., *Industrial design: latitudine e longitudine*

CULTURAL STUDIES

- Candotti M.P., *Interprétations du discours métalinguistique. La fortune du sūtra A 1.1.68 chez Patañjali et Bhartṛhari*
Nesti A., *Per una mappa delle religioni mondiali*
Nesti A., *Qual è la religione degli italiani? Religioni civili, mondo cattolico, ateismo devoto, fede, laicità*
Rigopoulos A., *The Mahānubhāvs*
Squarcini F. (a cura di), *Boundaries, Dynamics and Construction of Traditions in South Asia*
Vanoli A., *Il mondo musulmano e i volti della guerra. Conflitti, politica e comunicazione nella storia dell'islam*

DIRITTO

- Allegretti U., *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*
Curreri S., *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato al mandato di partito*
Curreri S., *Partiti e gruppi parlamentari nell'ordinamento spagnolo*
Federico V., Fusaro C. (a cura di), *Constitutionalism and Democratic Transitions. Lessons from South Africa*
Fiorita N., *L'Islam spiegato ai miei studenti. Otto lezioni su Islam e diritto*
Sorace D. (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*

ECONOMIA

- Ciappei C. (a cura di), *La valorizzazione economica delle tipicità rurali tra localismo e globalizzazione*
Ciappei C., Citti P., Bacci N., Campatelli G., *La metodologia Sei Sigma nei servizi. Un'applicazione ai modelli di gestione finanziaria*
Ciappei C., Sani A., *Strategie di internazionalizzazione e grande distribuzione nel settore dell'abbigliamento. Focus sulla realtà fiorentina*
Garofalo G. (a cura di), *Capitalismo distrettuale, localismi d'impresa, globalizzazione*
Laureti T., *L'efficienza rispetto alla frontiera delle possibilità produttive. Modelli teorici ed analisi empiriche*

- Lazzeretti L. (a cura di), *Art Cities, Cultural Districts and Museums. An Economic and Managerial Study of the Culture Sector in Florence*
- Lazzeretti L. (a cura di), *I sistemi museali in Toscana. Primi risultati di una ricerca sul campo*
- Lazzeretti L., Cinti T., *La valorizzazione economica del patrimonio artistico delle città d'arte. Il restauro artistico a Firenze*
- Lazzeretti L., *Nascita ed evoluzione del distretto orafa di Arezzo, 1947-2001. Primo studio in una prospettiva ecology based*
- Simoni C., *Approccio strategico alla produzione. Oltre la produzione snella*
- Simoni C., *Mastering the Dynamics of Apparel Innovation*

FILOSOFIA

- Baldi M., Desideri F. (a cura di), *Paul Celan. La poesia come frontiera filosofica*
- Barale A., *La malinconia dell'immagine. Rappresentazione e significato in Walter Benjamin e Aby Warburg*
- Berni S., Fadini U., *Linee di fuga. Nietzsche, Foucault, Deleuze*
- Brunkhorst H. *Habermas*
- Cambi F., *Pensiero e tempo. Ricerche sullo storicismo critico: figure, modelli, attualità*
- Desideri F., Matteucci G. (a cura di), *Dall'oggetto estetico all'oggetto artistico*
- Desideri F., Matteucci G. (a cura di), *Estetiche della percezione*
- Giovagnoli R., *Autonomy: a Matter of Content*
- Solinas M., *Psiche: Platone e Freud. Desiderio, sogno, mania, eros*
- Valle G., *La vita individuale. L'estetica sociologica di Georg Simmel*

LETTERATURA, FILOLOGIA E LINGUISTICA

- Dei L. (a cura di), *Voci dal mondo per Primo Levi. In memoria, per la memoria*
- Franchini S., *Diventare grandi con il «Pioniere» (1950-1962). Politica, progetti di vita e identità di genere nella piccola posta di un giornalino di sinistra*
- Francovich Onesti N., *I nomi degli Ostrogoti*
- Gori B., *La grammatica dei clitici portoghesi. Aspetti sincronici e diacronici*
- Keidan A., Alfieri L. (a cura di), *Deissi, riferimento, metafora*
- Lopez Cruz H., *America Latina aportes lexicos al italiano contemporaneo*
- Pestelli C., *Carlo Antici e l'ideologia della Restaurazione in Italia*
- Totaro L., *Ragioni d'amore. Le donne nel Decameron*

POLITICA

- De Boni C., *Descrivere il futuro. Scienza e utopia in Francia nell'età del positivismo*
- De Boni C. (a cura di), *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. 1. L'Ottocento*
- De Boni C., *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. Il Novecento. Parte prima: da inizio secolo alla seconda guerra mondiale*
- De Boni C. (a cura di), *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. Il Novecento. Parte seconda: dal dopoguerra a oggi*
- Spini D., Fontanella M. (a cura di), *Sognare la politica da Roosevelt a Obama. Il futuro dell'America nella comunicazione politica dei democrats*
- Gramolati A., Mari G. (a cura di), *Bruno Trentin. Lavoro, libertà, conoscenza*

PSICOLOGIA

- Aprile L. (a cura di), *Psicologia dello sviluppo cognitivo-linguistico: tra teoria e intervento*
- Barni C., Galli G., *La verifica di una psicoterapia cognitivo-costruttivista sui generis*

Luccio R., Salvadori E., Bachmann C., *La verifica della significatività dell'ipotesi nulla in psicologia*

SOCIOLOGIA

Alacevich F., *Promuovere il dialogo sociale. Le conseguenze dell'Europa sulla regolazione del lavoro*

Becucci S., Garosi E., *Corpi globali. La prostituzione in Italia*

Bettin Lattes G., *Giovani Jeunes Jovenes. Rapporto di ricerca sulle nuove generazioni e la politica nell'Europa del sud*

Bettin Lattes G. (a cura di), *Per leggere la società*

Bettin Lattes G., Turi P. (a cura di), *La sociologia di Luciano Cavalli*

Burroni L., Piselli F., Ramella F., Trigilia C., *Città metropolitane e politiche urbane*

Catarsi E. (a cura di), *Autobiografie scolastiche e scelta universitaria*

Leonardi L. (a cura di), *Opening the European Box. Towards a New Sociology of Europe*

Nuvolati G., *Mobilità quotidiana e complessità urbana*

Ramella F., Trigilia C. (a cura di), *Reti sociali e innovazione. I sistemi locali dell'informatica*

Rondinone A., *Donne mancanti. Un'analisi geografica del disequilibrio di genere in India*

STORIA E SOCIOLOGIA DELLA SCIENZA

Cabras P.L., Chiti S., Lippi D. (a cura di), *Joseph Guillaume Desmaisons Dupallans. La Francia alla ricerca del modello e l'Italia dei manicomi nel 1840*

Cartocci A., *La matematica degli Egizi. I papiri matematici del Medio Regno*

Guatelli F. (a cura di), *Scienza e opinione pubblica. Una relazione da ridefinire*

Massai V., *Angelo Gatti (1724-1798)*

Meurig T.J., *Michael Faraday. La storia romantica di un genio*

STUDI DI BIOETICA

Baldini G., Soldano M. (a cura di), *Tecnologie riproduttive e tutela della persona. Verso un comune diritto europeo per la bioetica*

Bucelli A. (a cura di), *Produrre uomini. Procreazione assistita: un'indagine multidisciplinare*

Costa G., *Scelte procreative e responsabilità. Genetica, giustizia, obblighi verso le generazioni future*

Galletti M., Zullo S. (a cura di), *La vita prima della fine. Lo stato vegetativo tra etica, religione e diritto*

Mannaioni P.F., Mannaioni G., Masini E. (a cura di), *Club drugs. Cosa sono e cosa fanno*

