



A 150 ANNI DALL'UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA ITALIANA

→ STUDI ←

*a cura di*

Leonardo Ferrara (Università di Firenze)

Domenico Sorace (Università di Firenze)

*Comitato Scientifico*

Umberto Allegretti, Antonio Brancasi, Alfredo Corpaci,

Leonardo Ferrara, Carlo Marzuoli, Domenico Sorace

(Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze)

*Volumi*

Vol. I – *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, a cura di Roberto Cavallo Perin, Aristide Police, Fabio Saitta

Vol. II – *La coesione politico-territoriale*, a cura di Gabriella De Giorgi Cezzi, Pier Luigi Portaluri

Vol. III – *La giuridificazione*, a cura di Barbara Marchetti, Mauro Renna

Vol. IV – *La tecnificazione*, a cura di Stefano Civitarese Matteucci, Luisa Torchia

Vol. V – *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di Maurizio Cafagno, Francesco Manganaro

Vol. VI – *Unità e pluralismo culturale*, a cura di Edoardo Chiti, Gianluca Gardini, Aldo Sandulli

Vol. VII – *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, a cura di Gian Domenico Comporti

Vol. VIII – *Cittadinanze amministrative*, a cura di Antonio Bartolini, Alessandra Pioggia

A 150 ANNI DALL'UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA ITALIANA

→ STUDI ←

*a cura di*

Leonardo Ferrara, Domenico Sorace

Vol. VII

La giustizia amministrativa  
come servizio  
(tra effettività ed efficienza)

*a cura di*

Gian Domenico Comporti

Firenze University Press  
2016

A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi / a cura di Leonardo Ferrara, Domenico Sorace ; Vol. VII. La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza) / a cura di Gian Domenico Comperti. – Firenze : Firenze University Press, 2016.

(Studi e saggi ; 167)

<http://digital.casalini.it/9788864534480>

ISBN 978-88-6453-447-3 (print)

ISBN 978-88-6453-448-0 (online PDF)

ISBN 978-88-6453-449-7 (online EPUB)

Progetto grafico di Alberto Pizarro Fernández, Pagina Maestra snc

Hanno contribuito alla realizzazione degli studi e alla loro pubblicazione la Banca d'Italia, il Comune di Firenze, l'Ente Cassa di Risparmio di Firenze e la Regione Toscana.

#### *Certificazione scientifica delle Opere*

Tutti i volumi pubblicati sono soggetti ad un processo di referaggio esterno di cui sono responsabili il Consiglio editoriale della FUP e i Consigli scientifici delle singole collane. Le opere pubblicate nel catalogo della FUP sono valutate e approvate dal Consiglio editoriale della casa editrice. Per una descrizione più analitica del processo di referaggio si rimanda ai documenti ufficiali pubblicati sul catalogo on-line della casa editrice ([www.fupress.com](http://www.fupress.com)).

#### *Consiglio editoriale Firenze University Press*

A. Dolfi (Presidente), M. Boddi, A. Bucelli, R. Casalbuoni, M. Garzaniti, M.C. Grisolia, P. Guarnieri, R. Lanfredini, A. Lenzi, P. Lo Nostro, G. Mari, A. Mariani, P.M. Mariano, S. Marinai, R. Minuti, P. Nanni, G. Nigro, A. Perulli, M.C. Torricelli.

La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>).

This book is printed on acid-free paper

**CC** 2016 Firenze University Press  
Università degli Studi di Firenze  
Firenze University Press  
via Cittadella, 7, 50144 Firenze, Italy  
[www.fupress.com](http://www.fupress.com)  
Printed in Italy

## INDICE

Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio <i>Gian Domenico Comporti</i>	7
STUDI	
I paradigmi europei di efficienza della tutela in via amministrativa e i principi sovranazionali in materia di giurisdizione <i>Roberto Caranta</i>	67
La giurisdizione tra effettività ed efficienza <i>Ilaria Pagni</i>	85
L'efficienza della tutela alla prova delle azioni disponibili nel processo amministrativo e delle relative condizioni <i>Fabrizio Figorilli</i>	111
Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: per una specialità di servizio <i>Simone Lucattini</i>	135
Forma e sostanza nel processo amministrativo: il caso delle sentenze 'a sorpresa' e dintorni <i>Luca Bertonazzi</i>	159
Le politiche di autogoverno della giustizia amministrativa <i>Giuseppe Conte</i>	179

I 'costi' del mantenimento del sistema dualistico <i>Francesco Volpe</i>	217
---	-----

COMMENTI

Sulla giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza) a 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana <i>Fabio Merusi</i>	233
--	-----

Giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza) <i>Giuseppe Pericu</i>	255
--	-----

GLI AUTORI	261
------------	-----

SOMMARIO GENERALE	265
-------------------	-----

# DALLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA COME POTERE ALLA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA COME SERVIZIO

*Gian Domenico Comporti*

SOMMARIO – 1. Il lascito (ancora oggi) problematico dell’ambigua scelta abolizionista. 2. Un potere in conflitto nella prospettiva degli equilibri ordinamentali. 3. Dal potere del giudice al servizio giurisdizionale: la centralità delle azioni tra effettività ed efficienza. 4. Effettività della tutela e dintorni: satisfattività e concentrazione di rimedi al servizio del cittadino. 5. L’obiettivo della *full jurisdiction*: limiti e condizioni per il suo conseguimento nella concreta interazione tra procedimento e processo. 6. Il processo: la domanda di parte e la prova dei fatti. 7. La difficile ricerca di condizioni di efficienza del servizio per l’effettività dei rimedi. 8. Conclusioni: una specialità al servizio dei cittadini.

## *1. Il lascito (ancora oggi) problematico dell’ambigua scelta abolizionista*

«L’allegato E della legge 20 marzo 1865 n. 2248 [...] segna l’inizio di un’organizzazione della giustizia amministrativa in Italia dopo l’unificazione politica. Diciamo deliberatamente di un’organizzazione, anziché dell’organizzazione, perché si abbia ben presente che essa rappresentò una scelta fra quelle possibili, e che tale scelta potrebbe anche non essere stata quella adatta» (Miele, 1968: 11). Le parole con cui il curatore del volume destinato a raccogliere i contributi sulla ‘tutela del cittadino’ sul fronte giustiziale valgono ancora oggi, a distanza di cinquanta anni dal convegno fiorentino che offrì l’occasione per operare una «vastissima rassegna critica dell[a] [...] legislazione amministrativa» ereditata dal periodo liberale (Landi, 1967: 549), per esplicitare una fondamentale premessa di metodo della presente ricerca, in risposta al dubbio che può legittimamente suscitare il vedere ancora oggi associata una riflessione sulla giustizia amministrativa alla celebrazione di un anniversario delle «venerabili norme del 1865» (Paladin, 1979: 462) che di quella forma di giustizia proponevano una «riforma drasticamente innovatrice» (Ghisalberti, 1957: 297) in termini di audace abolizione<sup>1</sup>.

È noto, infatti, che l’ambizione del disegno monista dovette fare i conti con le tensioni ideali e con le urgenze del momento e che la necessità di conciliare le diverse ed opposte visioni di Nazione e di comunità politica maturate nel corso del Risorgimento (Vivarelli, 2013: 27) condussero a costruirne le linee portanti in una prospettiva di tipo essenzialmente politico-costituzionale (Astuti, 1966: 11). Nel tentativo di trovare un ragionevole e compromissorio assetto alla evolutiva dialettica tra poteri dell’ordinamento ingenerata dalla vicenda moderna del

distacco dalla *iusdictio*, il problema delle garanzie giurisdizionali fu affrontato e risolto nell'ottica della definizione di un ideale punto di equilibrio tra due sfere di libertà, quella dei cittadini e quella dell'amministrazione (Benvenuti, 1969: 174), individuando nella legalità delle funzioni di quest'ultima la condizione ed il limite per la tutela giudiziaria dei diritti civili e politici dei primi<sup>2</sup>. Ne risultò un «patto costituzionale tra magistratura e potere esecutivo, realizzato con la veste giuridica del riparto di attribuzioni» (Sambataro, 1977: 72) e caratterizzato da una serie di compromessi che, originati come detto dalle ambivalenze di fondo di un sistema che diffidava ormai della possibilità di concepire un sindacato effettivo sul potere fuori e lontano dalla sua sfera organizzativa, finirono «per combinare, stabilmente, i difetti di entrambi» (Miglio, 1969: 37) i versanti delle tutele. Per un verso, infatti, il mantenimento in vita dei giudici speciali del contenzioso amministrativo, ivi compreso il Consiglio di Stato nella doppia veste, salvaguardata «in via preventiva» dall'Allegato D (Merusi, 2015: 276), di titolare di giurisdizione propria in determinate materie (Police, 2011: 77) e di giudice dei conflitti di attribuzione, unitamente alla configurazione per effetto dell'art. 4 dell'Allegato E di una «giurisdizione priva di coazione» (Orlando, 1907: 638), ingenerarono un fenomeno di progressiva autoerosione di una competenza giudiziaria che finì per assumere le sembianze di una «giurisdizione consentita» (Sambataro, 1989: 62). Per altro verso, l'arretramento della tutela degli interessi particolari all'interno dei rimedi giustiziali propri della gerarchia organizzativa impedì di cogliere nel procedimento amministrativo il «terreno obbiettivo» (Berti, 1965: 98) in cui concentrare la valutazione comparativa di posizioni soggettive e di misure in presa diretta ed originaria con i fatti della vita.

I combinati limiti di tali scelte parziali trasmisero un'impronta fondamentale problematica all'intero sistema, il cui completamento nel 1889 con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato non poté essere pensato se non all'insegna della stessa idea che bastasse assicurare, attraverso le nuove azioni di annullamento e di ottemperanza, la legalità dell'amministrazione per ottenere anche la giustizia delle posizioni individuali incise dal potere. L'incremento delle forme di tutela avvenne pertanto nella prospettiva astratta ed ordinamentale del confronto tra assetti organizzativi di poteri distinti, anziché in quella concreta e processuale della dialettica tra azioni e pretese sostanziali, affidandone il governo a complesse operazioni di arbitraggio gestite dai vertici delle magistrature.

Quanto precede induce a ritenere che la compromissoria istanza abolizionista sottesa al momento genetico della giustizia amministrativa ha favorito una declinazione in chiave polarizzata e dualistica della divisata impronta problematica del modello, alimentando così nel tempo una riduttiva lettura delle sue vicende evolutive come tappe di un alterno gioco di contrapposte spinte e rivendicazioni corporative. Simile situazione non ha favorito la diffusione di anali-

si distese e laiche sul profilo funzionale degli istituti della giustizia amministrativa, se è vero che le stesse ricorrenze celebrative sono state colte prima di tutto come occasione<sup>3</sup> per la difesa della continuità storica, del prestigio, della vitalità e dell'autorevolezza dell'istituzione in quanto tale<sup>4</sup> e che, anche a fronte dei rigurgiti monistici periodicamente manifestati da esponenti delle forze politiche e della dottrina<sup>5</sup>, si è sovente preferito fare ricorso ad argomenti autoreferenziali sviluppati nel solco del «mito storicista» (García de Enterría, 2010: 45) e senza il corredo di un adeguato supporto statistico-documentale ed il piano confronto con le tecniche rimediali di diritto comune.

Nel cinquantennio che ci separa dalle celebrazioni fiorentine del 1965, il progressivo distacco dalla logica del potere guadagnato da un giudice vieppiù indotto ad operare secondo i paradigmi processualistici propri di una comune idea di giurisdizione ha aperto una nuova stagione, svelando una dimensione moderna ed ancora in larga parte inesplorata dell'ambiguo e problematico assetto di partenza ed affidando all'interprete contemporaneo che voglia affrontare l'argomento un rinnovato metodo critico di indagine che guardi al profilo dinamico e sostanziale degli strumenti di tutela oltre che all'assetto organizzativo di chi è incaricato del relativo esercizio.

## *2. Un potere in conflitto nella prospettiva degli equilibri ordinamentali*

Fino all'ultimo decennio del secolo scorso i rapporti tra la giustizia amministrativa ed i suoi istituti, saldamente legati alla comune matrice ideologica del potere, e la giurisdizione ordinaria (ed i relativi istituti) sono stati letti attraverso la lente del conflitto. Tale figura, nata nel clima della frattura rivoluzionaria dalla *iurisdictio*, «sorse dal divieto» fatto all'autorità giudiziaria di esercitare la sua funzione quando fossero implicati atti del potere pubblico (Romano, 1907: 1183). In quanto consustanziale ad un certo modello costituzionale, essa era in pratica considerata come una sorta di «supremo arbitrato fra i pubblici poteri» (Romano, 1907: 1185), non a caso riservato al Re nell'esercizio di un vero e proprio atto di sovranità. Su simili basi, la legge Rattazzi del 1859 individuava nel conflitto di attribuzioni il mezzo privilegiato e straordinario messo a disposizione della sola amministrazione per sottrarre una controversia dalle «invasioni di potere dell'Autorità giudiziaria» (De Gioannis Gianquinto, 1873: 39).

Lasciato il campo dei rapporti tra poteri, che non potevano più inquadrarsi in sfere separate quanto piuttosto concorrenti (Romano, 1907: 1187; Scoca, 2011: 125) e la cui possibile conversione in «materia giudicabile» rendeva ormai tecnicamente improprio il riferimento alla categoria del conflitto<sup>6</sup>, il disegno ha guadagnato il livello dei rapporti tra giurisdizioni: prima con l'Allegato D della legge di unificazione amministrativa, che ha introdotto la novità del Consiglio

di Stato non più chiamato a dare preavvisi da recepire poi con la sanzione del decreto reale ma a pronunciarsi con decisioni definitive emesse nell'ambito di una giurisdizione propria; poi con la successiva riforma del 1877 che ha attribuito alle Sezioni Unite della Cassazione romana il ruolo di giudice dei conflitti. Percorso che, rispondendo alle istanze dei giuristi liberali «di trasferire la suprema facoltà di risolvere le questioni di competenza da un magistrato dell'ordine amministrativo alla suprema magistratura giudiziaria» (Salandra, 1904: 430), non comportò una modifica sostanziale dello strumento di «spogliazione del giudice» e, stante il pregnante controllo del Governo sulla Cassazione romana, produsse il duplice ed inconfessabile vantaggio di costituire un progresso sul piano dei principi e di rafforzare nel contempo l'esecutivo (Cipriani, 1977: 19, 55). Il frettoloso «trapianto» (Bracci, 1941: 171; Redenti, 1948: 250) delle disposizioni da ultimo ricordate nel corpo del codice di procedura civile degli anni '40 si risolse in una semplice novazione della fonte (Zanobini, 1942: 96) di un meccanismo che, pure avendo perduto ogni carattere privilegiato nella misura in cui assumeva ormai natura schiettamente e strettamente processuale e veniva messo a disposizione di tutti i litiganti, continuava ad essere comunque irrazionalmente modellato sulla preesistente logica del conflitto di attribuzione (Proto Pisani, 1984: 94) ed a rimanere pertanto saldamente inquadrato «dentro l'orizzonte di senso [...] dell'impostazione conflittuale ottocentesca del procedimento di verifica della giurisdizione a garanzia dell'autonomia costituzionale dell'amministrazione» e del suo giudice (Cianferotti, 2008: 300-301). In una stagione ancora incline a ritenere la giurisdizione come «l'espressione, nel campo processuale, dell'unità dello Stato sovrano»<sup>7</sup>, doveva apparire naturale individuare nella risoluzione delle relative questioni un fondamentale momento di verifica dei presupposti di tipo ordinamentale che «trascendono [...] l'ambito dei poteri del singolo giudice» (Flore, 1970: 314), come tale destinato a rimare aperto in ogni stato e grado del processo (ex art. 37 c.p.c.).

La veduta sistematica ordinamentale, attenta alla salvaguardia dell'evolutive equilibrio dei poteri sotteso ai vari modelli costituzionali più che allo sviluppo delle tecniche rimediali, ha fatto da sfondo all'innesto della giustizia amministrativa nell'ordinamento repubblicano e ne ha largamente condizionato i successivi svolgimenti, avvenuti rispondendo ad una sorta di «ripetizione al di fuori del tempo e dello spazio» (Cannada Bartoli, 1970: 295) delle condizioni di partenza.

Un giudice «profondamente e ideologicamente immerso nell'amministrazione» (Travi, 2011a: 513) ha potuto così rivendicare e legittimare il proprio potere decisorio valorizzando soprattutto la sua cifra distintiva rispetto al concorrente potere del giudice ordinario, vale a dire la possibilità, attraverso l'esercizio di un «compito eminentemente critico» e «riparativo» della legalità violata (Bracci, 1931: 7), di essere «un costruttore, un coautore dell'ordine» sociale (Nigro, 1978:

164). La conversione del vecchio mezzo straordinario a difesa del potere in azione di annullamento delle sue manifestazioni viziate non ha modificato la logica di fondo di un sindacato che ha «assorbito i termini soggettivi della controversia nella considerazione oggettiva del potere» (Nigro, 1996: 1068) per soddisfare la sua naturale e specifica vocazione consistente nel perseguire «l'interesse pubblico, e cioè l'interesse collettivo primario e l'interesse collettivo secondario massimo, coincidenti fra di loro, tutelando *eventualmente* uno o più interessi secondari, nella misura giustificata dalla loro coincidenza coll'interesse pubblico» (Piccardi, 1932: 275). In assenza del procedimento, il processo amministrativo è divenuto la parentesi decisiva per il perfezionamento dell'azione amministrativa nonché «mezzo mediante il quale i soggetti [...] sono posti in grado di interloquire nel modo più penetrante e garantito nella formazione delle decisioni dell'autorità» (Capaccioli, 1979: 140).

Il perdurante assetto concordatario del riparto ha consentito alle giurisdizioni in conflitto di assestarsi secondo una geometria a «compartimenti stagni» reciprocamente escludenti e non comunicanti che, pur non essendo del tutto priva di una sua coerenza sistemica anche con l'architettura costituzionale (Proto Pisani, 2009: 373), si è però dimostrata assai carente sul piano dell'effettività dei rimedi, posto che il dualismo delle forme di tutela ha operato solo «in termini negativi», mettendo in comune i rispettivi limiti ed assicurando nel complesso una protezione comunque «indiretta e parziale all'interesse individuale» (Pastori, 1996: 927).

A conferma di quanto osservato, basti considerare che anche l'evento riformatore più importante che ha dato avvio al periodo preso in considerazione nella presente ricerca, cioè l'istituzione dei tribunali regionali a seguito del venir meno delle attribuzioni giurisdizionali delle giunte provinciali amministrative e della giunta giurisdizionale amministrativa della Val d'Aosta<sup>8</sup>, è avvenuto per lo più nell'ottica del «potenziamento delle autonomie locali», ovvero sia per «creare e formulare il diritto amministrativo dello Stato pluralista e autonomista» (Nigro, 1984: 317), senza incidere sull'assetto complessivo di un «coacervo di istituzioni» rimediali non riordinato a sistema ed ancora incanalato sugli schemi processuali e sostanziali ereditati dal passato (Giannini, 1984: 786). A dispetto dell'incremento quantitativo dei ricorsi e della presenza di un «giudice a portata di mano» che ha reso assoggettabile a sindacato «ogni atto amministrativo, di qualsiasi tipo» (Guarino, 1984: 779), così aprendo la via anche a «novità di soluzione» e «diversità di valutazioni» in ordine a questioni già dibattute (Amorth, 1983: 473), il processo amministrativo è però rimasto, «per struttura ed oggetto, quello che era» (Scoca, 1987: 199). Con il risultato che i tribunali amministrativi, più che strumenti di cambiamento radicale del sistema, si sono rivelati «potenti fattori, o elementi rivelatori, di crisi di esso» (Nigro, 1984: 319), con-

tribuendo quanto meno all'emersione ed alla denuncia di ingiustizie e carenze sul fronte dei rimedi (Cassese, 1984: 422; Merusi, 1986: 9).

Al riguardo, è sufficiente accennare, in questa sede, ai seguenti aspetti:

- a) l'azione di annullamento, espunta dall'armamentario del giudice ordinario per effetto degli artt. 4 e 5 dell'Allegato E e divenuta «l'alfa e l'omega del giudizio amministrativo» (Nigro, 1978: 167), è rimasta il punto di riferimento della logica correttiva del giudice amministrativo. Tanto che si è registrato il «persistente impaccio» (Mariuzzo, 1984: 782) nell'esercizio di tecniche di tutela diverse: come quella innovativa di condanna introdotta dall'art. 26, co. 3, della l. n. 1034/1971 (Cantucci, 1979: 179); o perfino nel caso limite della mancanza dell'atto impugnabile, finendo lo stesso ricorso sul silenzio, a prescindere dal dibattito sull'individuazione del suo oggetto (atto tacito o presunto, oppure mero comportamento inerte), per ruotare sull'accertamento dell'illegittimità dell'omissione al fine di soddisfare soprattutto «la pretesa [...] ad ottenere l'emanazione d'un atto che definisca per la prima volta il rapporto»<sup>9</sup>, salva l'eccezionale possibilità di approdo ad una pronuncia su come l'obbligo di provvedere debba essere adempiuto «nei limiti in cui l'inerzia riguardi scelte o attività vincolate»<sup>10</sup>: ambiti peraltro rigidamente interpretati alla luce del divieto di sostituzione del giudice all'amministrazione (Tonoletti, 1999: 165);
- b) la stessa giurisdizione esclusiva, nata con l'intento «annessionistico» (Ledda, 2002: 148, 156; Berti, 1987: 90) di nuovi ambiti di potere giurisdizionale, non è riuscita a svilupparsi in una forma di sindacato pieno sui fatti controversi (analogo a quello sperimentato all'epoca della previgente giurisdizione propria), la cui praticabilità è stata così confinata ai casi eccezionali dei rapporti paritetici fra diritti<sup>11</sup>: casi marginali, la cui individuazione è così servita a rafforzare la regola generale dell'impugnativa di un A. A. (atto amministrativo) che inibiva la possibilità di sentenze di condanna tranne che per le spese del giudizio (Fagiolari, 1940: 306 sgg.); per il resto, l'occasione per l'innovazione rimanendo frustrata dalla riproduzione, all'interno delle materie, della diversificazione delle forme di tutela a seconda del tipo di situazione soggettiva lesa (Cons. St., Ad. Pl., 15.12.1981, n. 11, in *Foro amm.*, 1982, I, 1: 632; Domenichelli, 1988: 28);
- c) la diffusione di riti speciali, in altri contesti avvenuta per rispondere alla necessità di adattare il processo alle esigenze sostanziali di tutela dedotte in giudizio (Proto Pisani, 1979: 538), si è palesata soprattutto nella forma della differenziazione delle procedure per finalità acceleratorie dei giudizi (Menchini, 1999: 942), con esiti talvolta di controproducente condizionamento dell'ampiezza dei poteri cognitivi e decisorii del giudice;
- d) il recupero di momenti di effettività della tutela è potuto avvenire solo in due direzioni: o nelle pieghe incidentali del giudizio cautelare, aperto ver-

so approdi di atipicità dalla «più chiovendiana delle sentenze della Corte Costituzionale»<sup>12</sup> (Proto Pisani, 2012b: 5), ma la cui vitalistica tendenza a divenire sede di anticipazione della decisione di merito ha finito per rappresentare un «inconsapevole ritorno al giudizio sommario di un principe che giudica non secondo *alligata ac probata*» (Merusi, 1986: 46); oppure, sempre oltre e fuori l'orizzonte del giudizio di cognizione, attraverso la raffinata ma complessa elaborazione (anche per «quattro cerchi concentrici» secondo Nigro, 1983b: 398) degli effetti preclusivi (Capaccioli, 1978: 462) e conformativi del giudicato di annullamento (Nigro, 1983c: 69) e la conseguente valorizzazione del giudizio di ottemperanza, la cui sfuggente polisemicità<sup>13</sup> ed ambivalenza (Clarich, 1998: 549) ha rappresentato la miglior conferma di un sistema pensato in funzione della gestione legittima della cosa pubblica e che, per lasciare sempre aperto il dialogo con l'amministrazione, stenta a definire stabilmente la lite. Duplice sviluppo che, in ogni caso, equivaleva ad una «sorta di rassegnata accettazione dei limiti del processo amministrativo di cognizione» (Corso, 1989: 421).

In uno contesto siffatto, che continuava ad individuare nell'interesse pubblico la stessa polare in grado di orientare il flusso continuo di energia giuridica che si sviluppa circolarmente all'interno del circuito procedimento-giudizio-procedimento, l'effettività della tutela offerta dal giudice amministrativo è apparsa condizionata dalla più ampia prospettiva ordinamentale (Piovani, 1965: 420) presa in considerazione ed è stata colta, più che sul versante individuale della idoneità a soddisfare le pretese azionate, ed anzi in termini condizionanti tale prospettiva, come capacità del processo di concorrere (in singolare collaborazione con il potere oggetto di sindacato) alla ottimale definizione degli assetti degli interessi in gioco e, per tale via, al corretto funzionamento dei meccanismi di ordinazione delle vicende collettive.

### *3. Dal potere del giudice al servizio giurisdizionale: la centralità delle azioni tra effettività ed efficienza*

Uno scenario diverso si è aperto a partire dal biennio 1998-2000, allorché la notevole estensione di una giurisdizione esclusiva rinnovata fino al punto di concentrare ogni possibilità di tutela a fronte di tutte le ipotesi di esercizio, anche mediato, del potere e l'ammissione del risarcimento dei danni per la lesione degli interessi legittimi hanno messo in circolazione tecniche di tutela differenti, scardinando (Romano, 2001: 622) la «relativa quiete» (Proto Pisani, 2009: 374) di un sistema che «ha sempre preso a base, come situazione di fondo quasi ovvia, la irrisarcibilità degli interessi legittimi lesi» (Casetta, 1996: 10) e fino ad

allora aveva conosciuto soltanto progressivi «aggiustamenti» (Mazzaroli, 1996: 223), apparendo in continua «transizione» (Nigro, 1983a: 256) ma incapace di un ripensamento della proprie coordinate di fondo.

Due sono state le principali direttrici di sviluppo del delineato cambio di paradigma (Comporti, 2010: 410).

La prima si è consumata nell'intervallo temporale che divide la storica sentenza delle Sezioni Unite n. 500/1999<sup>14</sup> dall'altrettanto importante sentenza sempre delle Sezioni Unite n. 30254/2008<sup>15</sup> e si è sviluppata all'interno della tutela risarcitoria. In questo specifico contesto problematico, la questione della pregiudizialità amministrativa è diventata, non solo motivo per un'accesa disputa ideologica tra le giurisdizioni sulla spettanza e la conformazione dell'azione di danni (Comporti, 2005: 75 sgg.), ma anche occasione per il ripensamento di tecniche di tutela chiamate, ciascuna per il proprio specifico ambito, a concorrere al pieno ristoro dell'interesse leso. L'abbandono della rassicurante sponda delle astratte geometrie di sistema<sup>16</sup> provocato da un ripensato approccio rimediale che «ripudia il formalismo e fa professione di realismo e di fattualità» (Mazzamuto, Plaia, 2012: 2; Nicolussi, 2014: 1213) ha spostato l'attenzione sul carattere strumentale e soggettivo della protezione giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che oltre a considerarsi ormai comprensiva delle «diverse tutele che l'ordinamento assegna ai diversi giudici» recupera anche al centro della scena il titolare della situazione soggettiva lesa, al quale «spetta non solo di scegliere se chiedere tutela giurisdizionale, ma anche di scegliere di quale avvalersi [...] per reagire al fatto che l'interesse sostanziale [...] protetto [...] sia rimasto insoddisfatto»<sup>17</sup>.

La seconda, parallela, direttrice di cambiamento ha preso avvio dalla constatazione della pienezza e completezza delle tutele offerte dai vari giudici e dal conseguente rilievo assunto dai principi di unità funzionale e di effettività della giurisdizione, per condurre ad una revisione della stessa nozione, intesa non più quale espressione della sovranità statale che si risolve nel potere di conoscere di date controversie, ma come «servizio per la collettività»<sup>18</sup> reso da una pluralità di giudici che «più non rappresentano due mondi incomunicabili» (Andrioli, 1965: 157), «affinché venga assicurata, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, e non già affinché venga compromessa la possibilità stessa che a tale domanda venga data risposta»<sup>19</sup>.

Ciò ha prodotto alcuni rilevanti e convergenti effetti. Anzitutto, è cresciuta la consapevolezza che fine primario del processo «consiste nella realizzazione del diritto delle parti ad ottenere una risposta affermativa o negativa in ordine al bene della vita oggetto della loro contesa [...] *justice is justice on the merits*»<sup>20</sup>. Quindi, la centralità (del potere) del giudice è stata soppiantata dal ruolo decisivo assunto dalle azioni, perché «ciò che conta non è che la decisione sia resa

da uno o da altro giudice, ma che sia fatta giustizia effettiva» (Verde, 2014: 835; art. 11 c.p.a.). Di conseguenza, si è assistito alla «erosione del principio della rilevanza di ufficio della giurisdizione con un avvicinamento ad un regime di rilevazione del tipo di quello della competenza, basato sulla volontà della parte di mantenere la questione viva, dando rilievo preclusivo a fenomeni di acquiescenza tacita, che precedentemente non avevano alcuna rilevanza»<sup>21</sup>.

Il riassetto della disciplina del processo amministrativo, avvenuto con il d.lgs. 2.7.2010, n. 104, anche per aggiornare il catalogo delle decisioni di merito «idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa»<sup>22</sup>, ha suggellato e codificato i descritti sviluppi del diritto vivente e ha dato linfa ad un percorso di approfondimento di un versante della giustizia amministrativa fino ad allora rimasto in un cono d'ombra: quello dei poteri delle parti di postulare e strutturare giudizi in cui versare «un interesse concreto che aspira al suo riconoscimento» (Satta, 1959: 46). Non è un caso se, dopo la codificazione, la stessa giurisprudenza si sia interrogata se abbia ancora senso fare riferimento all'istituto del giudicato a formazione progressiva che era stato elaborato proprio per superare alle limitazioni del processo amministrativo originario centrato sulla sola azione di annullamento, «oppure se debba farsi riferimento ad un concetto di giudicato omologo a quello civilistico ed incentrato sul *dictum* contenuto nella sola sentenza di merito»<sup>23</sup>.

Nel volgere di un secolo, la logica del conflitto che alimentava il modello binario delle tutele ereditato dall'ordinamento liberale ha lasciato il campo ad un «dualismo a trazione monista» (Battini, 2013: 51), che vede oggi giudici di diversi ordini impegnati nello svolgimento di un comune servizio e la Corte di Cassazione elevatasi, non senza qualche forzatura dell'invariato testo dell'art. 111, co. 8, cost. (Villata, 2014: 293; Pajno, 2015: 350), a novello garante non solo delle linee architettoniche esterne che sorreggono l'edificio costituzionale e regolano il sistema di attribuzione del potere giurisdizionale ma anche delle modalità attraverso cui le forme di tutela previste dall'ordinamento si estrinsecano nella dinamica delle singole vicende controverse.

In questo nuovo ambiente istituzionale, l'effettività della giustizia amministrativa non si misura più in relazione alla efficacia dell'azione correttiva e di guida esercitata dal giudice nei confronti di un potere che continua a sviluppare relazioni non lineari con il processo, ma tende a parametrarsi sulla pienezza delle forme di tutela (D'Alberti, 2011: 11) consentite avverso le sue singolari manifestazioni patologiche.

A sua volta, il «buon andamento dell'amministrazione della giustizia», intesa come «servizio pubblico essenziale»<sup>24</sup>, finisce per assumere un'autonoma visibilità e consistenza se è vero che l'efficienza della macchina «è *condicio sine qua non* [...] dell'effettività della tutela» (Luciani, 2014: 4; Licciardello, 2015: 809),

orientando sul versante essenzialmente organizzativo del lavoro giudiziale quella dimensione collettiva degli interessi finora (impropriamente) concentrata sul piano dei rimedi. Effettività ed efficienza sono i due poli entro cui si muove l'azione del giudice, nel tentativo di una rinnovata ed equilibrata «sintesi» di valori distinti che è oggi felicemente indicata dal principio del «giusto processo regolato dalla legge» di cui all'art. 111 Cost. (Merusi, 2011: 7; Proto Pisani, 2012a: 6).

La distinzione dei piani di indagine consente, come si avvertiva in apertura dello scritto, di disinnescare il cortocircuito provocato dalla confluenza delle differenti prospettive di considerazione degli interessi incidenti sull'oggetto del giudizio e di superare l'attenzione fin qui quasi ossessivamente riposta sul catalogo astratto delle azioni, per concentrare più proficuamente l'analisi sui modi concreti in cui il giudice organizza e svolge il proprio servizio. Oltre tutto, è proprio il richiamato principio di un processo 'giusto' ad imporre al giudice di non limitarsi alla meccanica e formalistica applicazione del dato normativo, anche di tipo processuale, ma di verificare sempre se l'interpretazione adottata sia idonea ad assicurare nel caso concreto le garanzie fondamentali in funzione delle quali le norme sono state poste, evitando che «il rispetto di una ermeneutica tralascia sottratta alla necessaria verifica in rapporto al caso concreto si traduca in un inutile complessivo allungamento dei tempi di giustizia ed in uno spreco di risorse, con correlativa riduzione di effettività della tutela giurisdizionale»<sup>25</sup>.

#### *4. Effettività della tutela e dintorni: satisfattività e concentrazione di rimedi al servizio del cittadino*

Il principio di «corrispettività sostanziale» che «lo strumento processuale non può cancellare, disarticolare o deformare, ma soltanto rispecchiare e attuare», al fine di ancorare maggiormente le forme di tutela al rapporto giuridico sostanziale dedotto in giudizio<sup>26</sup>, costituisce l'orizzonte di senso entro cui deve misurarsi la effettività della funzione giurisdizionale, intesa come capacità di soddisfare le pretese azionate. Tale principio trova la sua più limpida enunciazione nella nota regola del «tutto quello e proprio quello» (Chiovenda, 1912: 29; Oriani, 2008: 11) coniata dal fondatore della scuola sistematica del diritto processuale civile italiano e riassumibile nel fondamentale valore della atipicità del diritto di azione come «contropartita del divieto di farsi ragione da sé» (Proto Pisani, 2014: 828). Ciò significa che il processo è «fonte di tutte le azioni praticamente possibili» per l'attuazione delle pretese sostanziali e che il piano dei rimedi funge da livello di soccorso mobile per la soluzione delle crisi di cooperazione che possono emergere nel corso dei rapporti giuridici (Pagni, 2014: 1145).

Simile attività di soccorso si iscrive all'interno delle coordinate valoriali definite dall'art. 24 cost., vera e propria «chiave di volta del sistema della tutela giu-

risdizionale» (Andrioli, 2007a: 6), e si articola in una serie combinata di garanzie (Comoglio, 1994: 1070): in prima battuta, la disponibilità pratica del rimedio adatto alla circostanza, secondo la regola che è sufficiente riconoscere la rilevanza dell'interesse sostanziale «perché soccorra il rimedio processuale»; quindi, la possibilità effettiva di compiere nel giudizio tutte le attività processuali tecnicamente più idonee a fare valere la pretesa azionata, compresa l'equivalente possibilità delle parti di incidere, con le proprie difese ed iniziative istruttorie, sulla formazione del convincimento del giudice; infine, la possibilità effettiva, in caso di successo nel merito, di ottenere un provvedimento capace di tradursi in sostanziale soddisfazione del bisogno di tutela da cui ha tratto origine il giudizio. Questo percorso circolare, che trova nel diritto sostanziale il suo dato di partenza ed il suo punto di arrivo, delimita lo spazio ed il ruolo del processo e definisce anche la sua capacità di offrire risultati che da un piano puramente procedurale ed interno, popolato da combinati poteri del giudice e delle parti, sappiano poi guadagnare il livello esterno dei rapporti controversi traducendosi in soluzioni contenutisticamente e finalisticamente adeguate (Trocker, 2002: 1208; Tarullo, 2004: 308) alle variabili caratteristiche delle situazioni soggettive.

La disponibilità di vari rimedi praticabili per la «appropriata soddisfazione del bisogno di tutela»<sup>27</sup> si combina con la pienezza (art. 1 c.p.a.) della protezione assicurata dalla loro selettiva e/o combinata attivazione da parte dell'attore, così concorrendo, grazie alla «circolazione» di principi ed istituti giuridici (D'Alberti, 2014: 279) alimentata dalla rottura di steccati disciplinari e/o confini ordinamentali, a conformare un processo che deve tendere al completo soddisfacimento di una pretesa lesa (nel caso di interessi all'eliminazione di un effetto) o rimasta insoddisfatta (nel caso di interessi alla produzione di un effetto) dall'altrui comportamento. Nel senso appena divisato deve essere inteso il concetto, di per sé «molto generico e poco tecnico» (Di Majo, 2003: 52), di soddisfazione, che viene così colto nella prospettiva decentrata, concreta ed incrementale che muove dalle singolari vicende sostanziali in cui si manifestano i conflitti intersoggettivi ed ascende al piano dei rimedi, seguendo l'ordine delle preferenze espresse dai titolari delle posizioni soggettive coinvolte ed avendo riguardo al tipo di illecito a cui si ha necessità di reagire, piuttosto che al corredo ontologico che l'ordinamento affida idealmente alle stesse situazioni giuridiche, alla tassonomia legata alla natura dei rimedi, o al connesso rilievo sistematico attribuito alla collocazione istituzionale dei vari giudici (Smorto, 2014: 160).

Il punto è centrale e si presta ad essere meglio chiarito attingendo alla dialettica tra le azioni che si è sviluppata sia all'indomani dell'ammissione della tutela risarcitoria per la lesione degli interessi legittimi che nella fase di codificazione del processo amministrativo. Analisi che può apparire utile per fare talune precisazioni e mettere a fuoco alcune distinzioni funzionali al prosieguo del discorso.

Già la commedia della responsabilità appare di per sé emblematica della particolare prospettiva di partenza, la necessità di ovviare alla storica limitatezza delle forme di tutela proprie di una giustizia orientata soprattutto alla cognizione degli interessi legittimi oppositivi dei consociati (Giovagnoli, 2014: 288) spiegando la particolare enfasi riposta su un dispositivo rimediale che nel diritto civile è considerato sussidiario<sup>28</sup> rispetto al primato riconosciuto all'adempimento in natura ed alla capacità espansiva in genere manifestata dalla tutela specifica (Proto Pisani, 2002: 169; Pagni, 2004: 296; Nivarra, 2011: 170; Nicolussi, 2014: 1222) e che, anche in diritto amministrativo, ha comunque avuto un'incidenza limitata e non corrispondente al livello di attenzione suscitato (Cafagno, 2008: 773; Simonetti, 2013: 752). Nel ripercorrerne le tappe principali non si può non rimanere colpiti dal seguente copione: introdotto trionfalmente nel 1999 come rimedio autonomo in quanto non esclusivamente correlato «alla mera illegittimità del provvedimento»<sup>29</sup>, tanto da essere definito dalla Corte costituzionale come «strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo)»<sup>30</sup>, il risarcimento del danno si è visto ben presto relegato in un cono d'ombra per effetto di alcune decisioni che, per un verso, hanno ribadito la regola della «previa impugnazione» dell'atto lesivo a fronte di un interesse legittimo che troverebbe «la sua primaria e più rilevante tutela [...] nella *restituito in integrum*» derivante dall'annullamento<sup>31</sup>; in tal modo, limitando ad un «ruolo successivo, sussidiario e residuale» un rimedio che finisce per essere disponibile solo nella misura in cui sia stata previamente accertata la fondatezza della pretesa e, per tale via, si sia «stabilito un vincolo al riesercizio del potere amministrativo in senso favorevole al ricorrente»<sup>32</sup>. Per altro verso, ma sulla stessa lunghezza d'onda volta ad assolutizzare la autosufficienza della tutela costitutiva e scongiurare l'evenienza di un'abdicazione alla stessa in favore del risarcimento per equivalente, hanno elaborato la teoria della caducazione automatica del contratto di appalto siglato all'esito dell'aggiudicazione annullata, in ragione della «tendenziale convergenza [...] tra il ripristino della legalità nell'interesse pubblico e la riparazione-risarcimento della situazione soggettiva lesa»<sup>33</sup>. Per tale via idealizzando una forma di «protezione più intensa e finale della situazione giuridica fatta valere»<sup>34</sup>, che si è poi risolta in quella particolare combinazione-articolazione di poteri decisori ora codificata dagli artt. 121-124 c.p.a.

Se ne ricava, a mo' di prima conclusione, peraltro non coerentemente sviluppata ai fini dell'individuazione di un modello riparatorio che viene invece ecletticamente inquadrato nel generale schema aquiliano, l'impressione che la particolare ambientazione entro un rapporto plurisoggettivo che tocca profili non confinabili entro una relazione bipolare vittima-danneggiante finisce per trasformare l'illecito in occasione per attivare gli strumenti di reazione idonei ad incidere su precedenti decisioni distributive di beni e risorse ed attribuire a chi

ne ha diritto l'utilità pretesa, rendendo percorribile solo in via residuale e complementare (per differenza, appunto) la via della compensazione delle perdite subite. Via che tende così ad assumere una funzione minimale nell'economia dei rimedi esperibili, non già nel senso indicato dalla Corte di Cassazione, cioè di «misura minima e perciò necessaria di tutela di un interesse»<sup>35</sup>, ma in quella divisata dal Consiglio di Stato di misura residuale entro un sistema che consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse legittimo sia stato (satisfattivamente) impiegato quale strumento di conformazione dell'attività amministrativa<sup>36</sup>.

Non meno sintomatica è la particolare storia, tinta di giallo per la maggiore *suspence* indotta dalla presenza dell'anonimo sforbiciatore (Merusi, 2010: 658), della codificazione delle azioni nel processo amministrativo: in principio dovevano essere tante e diverse le une dalle altre, alla fine l'elenco quanto meno formale ne ha contate poche ed in varie forme limitate, coordinate e/o omologate alla azione di annullamento che, dunque, ne è uscita ulteriormente rafforzata. Epilogo che ha fatto da sfondo al più significativo colpo di scena: il tentativo di togliere al ricorrente il ruolo di attore protagonista del proprio processo, facendo assurgere il giudice amministrativo «a Signore degli effetti delle proprie pronunce [...] onde placare l'ansia di protezione che anima il ricorso in seno ad un giudizio comparativo attento ad evitare gratuite lesioni all'interesse pubblico ed alla sfera dei controinteressati» (Caringella, 2012: 2182). Anziché avviare la sperimentazione in forme decisorie alternative ed autonome di quei momenti dichiarativi e di condanna pure da tempo intravisti come «cose ben diverse da un annullamento» vero e proprio (Cammeo, 1911: 25; Ferrari, 1989: 548; Police, 2007: 67) ed ora chiaramente indicati come ordinari contenuti delle sentenze di merito dall'art. 34 c.p.a., un giudice ancora saldamente ancorato all'archetipo correttivo del giudizio di impugnazione ha pertanto cominciato ad operare interventi di «ingegneria processuale» (Follieri, 2012: 438) sulle conseguenze delle proprie pronunce di annullamento, giungendo ad ammettere limitazioni alla retroattività degli effetti caducatori e ripristinatori<sup>37</sup> o ad escluderli del tutto quando la loro applicazione sarebbe risultata «incongrua e manifestamente ingiusta», così disponendo «esclusivamente gli effetti conformativi [...] volti a far sostituire il provvedimento risultato illegittimo»<sup>38</sup>. Il richiamo all'immaginario principio secondo cui «il più reca il meno» (Caringella, 2012: 2182) ha poi operato quale argomento di chiusura per l'aggiornata operazione di omologazione-subordinazione al modello dell'annullamento delle diverse forme di tutela predicabili.

Un'importante battuta d'arresto all'ulteriore sviluppo dei ricordati orientamenti interpretativi è stata di recente posta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, nel richiamare il rilievo assunto dal principio dispositivo «in rela-

zione all'ambito della domanda di parte», ha escluso – pure in presenza di un notevole lasso temporale trascorso (15 anni dalla conclusione di una procedura concorsuale) e di possibili disagi a carico di controinteressati incolpevoli – la possibilità di «*modulare* la forma di tutela sostituendola a quella richiesta», ritenendo anche impossibile la conversione dell'annullamento in accertamento a fini risarcitori ex art. 34, co. 3, c.p.a. in assenza di una domanda della parte interessata, trattandosi di «qualcosa di più o comunque di diverso dalla domanda di annullamento»<sup>39</sup>. Nonostante che tale decisione imponga d'ora in avanti la valorizzazione di tecniche decisorie diversificate per la tutela degli interessi degli amministrati, l'affermazione che è dato leggersi circa un risarcimento disposto su 'ordine' del giudice che sarebbe «diretto a restaurare la legalità violata dell'ordinamento»<sup>40</sup> appare rivelatrice della persistente equivoca tendenza a declinare il principio di effettività nella parziale e deformante valenza satisfattiva più propriamente predicata per quelle forme di tutela che, nell'ottica del soddisfacimento integrale di una pretesa ad un bene della vita rimasta insoddisfatta, aspirano a costituire (o a promuovere la costituzione di) un «nuovo assetto distributivo» di interessi tra i soggetti del rapporto (Di Majo, 2003: 52; Mazzamuto, Plaia, 2012: 70-72; Plaia, 2013: 1015). Con la conseguenza che la qualità di ogni rimedio, anche del risarcimento del danno il cui specifico e non manipolabile compito è pure quello conservativo e reattivo di «restaurare l'integrità del patrimonio [...] del soggetto che abbia subito un'interferenza indebita nella sua sfera giuridica» (Nivarra, 2014: 50), viene riduttivamente collegata alla sua «attitudine a surrogarsi alla fisiologia della convivenza civile» (Nivarra, 2011: 162) e strabicamente valutata alla luce della capacità realizzativa di un risultato compatibile con (il ritenuto) ordine generale degli interessi in gioco.

La «forza seducente della effettività» (Romeo, 2015: 41) siffattamente intesa finisce per confondere il senso della pienezza evocata dall'art. 1 c.p.a. con la capacità del giudice di plasmare la realtà amministrativa attraverso un uso incrementale e combinato di azioni, tutte univocamente organizzate per la realizzazione specifica del bene della vita oggetto del potere amministrativo. Per rimanere ancorati allo schema di un giudizio ancora parenteticamente rappresentato come necessario snodo di concretizzazione di un preteso quadro valoriale generale di riferimento, la cui manutenzione verrebbe assicurata attraverso complesse operazioni di bilanciamento di interessi rimesse alla discrezionalità del giudice, si perde di vista non solo il carattere composito, plurale e competitivo delle tecniche di tutela disponibili in uno spazio non più limitato ai soli confini disciplinari e/o nazionali ma anche la particolare prospettiva da cui muovere per la loro scelta ed attivazione: prospettiva che, alla luce anche delle indicazioni provenienti dal diritto europeo, dovrebbe privilegiare il 'dopo' rispetto al 'prima' (Nivarra, 2014: 89), posizionando i diversi dispositivi tecnici di reazione ed i corrispondenti di-

versi contenuti delle decisioni di merito «immediatamente a ridosso del bisogno di tutela» avvertito (Mazzamuto, Plaia, 2012: 23) dall'amministrato piuttosto che nel bagaglio identificativo una particolare posizione ordinamentale del giudice.

Una pienezza colta sul versante (non del potere del giudice, ma) delle scelte rimediali compiute dal soggetto titolare dell'interesse leso e, quindi, dallo stesso postulabile e modulabile (Dalfino, 2014: 913) in relazione alle esigenze attinenti al caso concreto, contribuisce a meglio chiarire anche il concetto di concentrazione delle azioni, negli ultimi tre lustri sovente impiegato per evocare la necessità di «una tutela globale, unica» e pertanto non ripartita tra giudici diversi (de Lise, 2007: 108). Ancora una volta, infatti, se l'accento dell'analisi è posto sulle ambivalenti scelte di arbitraggio stagionalmente compiute dalla Corte regolatrice dei conflitti tra giurisdizioni (Lamorgese, 2014: 4) o sul potere del giudice chiamato ad erogare la tutela, la concentrazione finisce per essere strumentalmente impiegata come valore a senso unico od alternato, e cioè a seconda del plesso giudiziario che si ha in mente evocando un certo disegno di sistema, dimenticando però che la costituzione (art. 113, co. 3) contempla la natura biunivoca ed equivalente della concentrazione<sup>41</sup> laddove prevede la possibilità di attribuire con legge a qualunque organo giurisdizionale il potere di annullare gli atti amministrativi (Orsi Battaglini, 2005: 134; Proto Pisani, 2015: 187), e prescindendo altresì da una previa verifica «dell'adeguatezza dei modelli di tutela» (Lamorgese, 2009: 1111).

Tali letture sono scongiurate dal senso autentico delle disposizioni costituzionali che inquadrano l'azione giurisdizionale tra i diritti fondamentali del cittadino (art. 24 e le equivalenti disposizioni contenute negli artt. 103, co. 1, e 113, co. 1, cost.), affermando così la «netta priorità di valore del principio individualistico su quello istituzionale» (Orsi Battaglini, 2005: 140; Bachelet, 1966: 27; Berti, 1972: 1863). In ragione di ciò, soltanto i differenti mezzi di tutela divenuti effettivamente disponibili nell'ottica della piena soddisfazione delle pretese di chi ha interesse a reagire contro il potere pubblico sono suscettibili di essere eventualmente concentrati presso lo stesso giudice; inoltre solo la scelta del titolare della pretesa è idonea a conferire valore alla concentrazione nello stesso processo delle controversie aventi ad oggetto la medesima vicenda sostanziale, così attuando in concreto (la possibilità offerta in astratto dall'ordinamento di) «una maggiore economia processuale ed una migliore giustizia sostanziale»<sup>42</sup>.

##### *5. L'obiettivo della full jurisdiction: limiti e condizioni per il suo conseguimento nella concreta interazione tra procedimento e processo*

L'avvio di una giurisprudenza capace di offrire «ogni possibile forma di tutela» (Scoca, 2013: 166) secondo le vedute coordinate costituzionali è propizia-

to da altra fondamentale condizione avveratasi nel corso degli ultimi tre lustri: il tendenziale superamento delle diverse forme di giurisdizione tradizionalmente riconosciute al giudice amministrativo e la loro ricomposizione nell'unitario modello processuale della giurisdizione piena (Police, 2014: 86; Cacciavillani, 2012: 137-138; Ramajoli, 2012: 142). Si tratta di un percorso evolutivo avviato con le riforme operate con il d.lgs. n. 80/1998 e la l. n. 205/2000, che hanno sostanzialmente avvicinato i poteri di cognizione, istruzione e decisione, così convertiti da indici rivelatori di distinte prospettive di risoluzione del problema del riparto a comuni denominatori di indifferenti tecniche rimediali adeguate a soddisfare le pretese azionate in qualunque processo amministrativo. La successiva omologazione operata dalla Corte costituzionale con le note sentenze n. 204/2004 e n. 191/2006, che hanno ancorato ogni manifestazione della giurisdizione amministrativa alla comune radice del potere, ha rappresentato l'immediato antecedente logico-giuridico dell'art. 7 c.p.a. che offre ora una innovativa lettura unificante del contenuto del potere giurisdizionale del giudice amministrativo, relegando ormai le tracce della nota triade che pure ancora residuano nel testo dei commi 4-7 a tralaticio tributo alla risalente logica del riparto. Ne risulta una sostanziale parificazione – quanto alla latitudine di esercizio dei poteri di istruzione, cognizione e decisione – della giurisdizione generale di legittimità e di quella esclusiva, caratterizzandosi invece in via differenziale e residuale la giurisdizione di merito per «l'assenza di limiti» (Gallo, 2014: 58) quanto alla completa possibilità del giudice di «sostituirsi all'amministrazione» (art. 7, co. 6, c.p.a.).

Il veduto aggiornamento di antiche categorie nate nel tentativo di comporre la problematica dei conflitti di attribuzione (prima) e di giurisdizione (poi) consente di riannodare idealmente l'attuale assetto della giurisdizione amministrativa all'originario significato di quella giurisdizione «propria» del Consiglio di Stato, confinata in epoca preunitaria a particolari materie contenziose (come quella ecclesiastica, mineraria e del debito pubblico) attinenti a rapporti di specifico interesse politico, finanziario od economico, preservata ancora in pieno regime abolizionista dall'all. D della l. n. 2248/1865 e poi confluita nella giurisdizione «anche in merito» della legge Crispi del 1889, che appariva connotata da un «*quid* di diverso» rispetto ai concetti di opportunità e merito amministrativo, ovverosia da quel «*plus* di conoscenza in fatto» (Ponticelli, 1958: 85, 117) integrante una piena capacità di «confrontare la misura adottata dall'amministrazione con l'effettiva condizione delle cose, e quindi con l'effettivo rapporto tra le parti» (Benvenuti, 1970: 607; Ottaviano, 1968: 192). Un siffatto potere di sindacato sui fatti controversi si pone in ideale collegamento con il canone della *full jurisdiction* prefigurato dagli artt. 6 e 13 CEDU e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed interpretato dai giudici di

Strasburgo in termini di capacità piena ed autonoma di giudizio su «tutti i profili della questione»<sup>43</sup>, in modo da poter affrontare e risolvere<sup>44</sup> «tutte le questioni fattuali e giuridiche rilevanti per la decisione della controversia»<sup>45</sup>. Un giudice in grado di rimediare effettivamente ai vizi e difetti del procedimento amministrativo si avvicina inevitabilmente al modello appellatorio sotteso alle citate pregresse esperienze giudiziarie, evocando un comune potere di «esaminare il merito del caso, accertare i fatti e valutare gli elementi di prova»<sup>46</sup>. La prospettata contiguità ideale tra serbatoi normativi e culturali appartenenti ad epoche e contesti differenti ma alimentati da comuni istanze e tecniche garantistiche consente di guadagnare una «giusta distanza» (Sordi, 2014: 231) dal dottrinarismo che, rispondendo a ben precise e datate sollecitazioni e tensioni ideali e costituenti<sup>47</sup>, ha caratterizzato molti degli ancor oggi diffusi schemi, istituti ed apparati interpretativi. Il messaggio di «moderazione, di equilibrio, di pacatezza» (Sordi, 2014: 230) che deriva da siffatta prospettiva costituisce indubbiamente importante occasione per tentare una revisione (Allena, 2012: 280 sgg.; Follieri, 2014: 705; Goisis, 2015: 589) dei «confini tra limiti della discrezionalità amministrativa, non sindacabile, e limiti della giurisdizione»<sup>48</sup>.

Nel procedere nell'indicata direzione si incorre in due questioni problematiche: quella dei poteri non ancora esercitati e quella della convertibilità della lite in processo. Il primo problema è formalizzato dall'art. 34, co. 4, c.p.a. a salvaguardia del principio costituzionale della separazione dei poteri e di riserva di amministrazione, del quale però si sono offerte differenti chiavi di lettura. Anzitutto, tale impedimento permane fino al termine di conclusione del procedimento, decorso il quale si perfeziona un inadempimento che legittima il titolare dell'interesse pretensivo a promuovere l'azione di esatto adempimento di cui all'art. 31, co. 1-3, c.p.a. che, superata l'incerta equazione specialità del rito – limitatezza dei poteri di cognizione e decisione del giudice delineata a cavallo degli anni 2000 allorché si è cominciato a novellare il previgente regime della l. TAR<sup>49</sup>, tende ad essere ormai tralasciata non tanto al mero accertamento dell'illegittimità del permanere dell'inerzia decisoria quanto alla corretta (ed eventualmente soddisfacente) regolazione del rapporto sostanziale. Proprio in tale prospettiva pare collocarsi quella giurisprudenza che ritiene il maturare dell'inadempimento legato all'inutile scorrere del tempo condizione dell'azione che, in una «visione dinamica della controversia tipica del giudizio civile», può sopravvenire al momento della pronuncia<sup>50</sup>. Indirizzo che, unitamente a quello che legittima la proposizione di una successiva azione<sup>51</sup> le volte in cui a seguito della decadenza processuale per scadenza del termine annuale di cui all'art. 31 c.p.a. si ammetta la presentazione di una nuova istanza comportante l'apertura di un altro procedimento, ed a quello che si analizzerà tra breve in tema di atti soprassessori, offre il senso del crescente impegno del giudice ad interveni-

re in rapporti non definiti in violazione dei vincoli temporali che ne presidiano la durata massima.

Un differente atteggiamento di disimpegno si registra, invece, allorché sono in gioco logiche di carattere organizzativo. Con riferimento al consolidato indirizzo che ammette l'impugnazione immediata degli atti amministrativi che provocano un arresto procedimentale a tempo indeterminato<sup>52</sup>, si è così notato che gli atti di natura vincolante (come le proposte o i pareri) non provocano di per sé un arresto procedimentale al pari degli atti interlocutori ma siano tali da esprimere un indirizzo ineluttabile alla determinazione conclusiva che è di competenza di un'autorità amministrativa diversa da quella titolare del potere di proposta o della funzione consultiva. Proprio a salvaguardia della 'relazione dialettica' tra tali organi, postulata dalla «distinzione dei ruoli, delle funzioni e dei poteri» previsti dall'ordinamento, si è pertanto concluso per la possibile impugnazione del solo provvedimento conclusivo del procedimento, che presuppone l'identificazione in concreto del tipo di potere da esercitare e della sussistenza dei presupposti per il suo esercizio<sup>53</sup>. Ancora, nell'esaminare l'incidenza del vizio di incompetenza sulla possibilità di assorbimento o meno degli altri motivi di ricorso o di graduazione degli stessi<sup>54</sup>, si è preferita una lettura d'indole soggettiva della citata disposizione normativa ritenendo la stessa riferita «ai poteri non esercitati dall'autorità competente, ovvero quella chiamata a esplicitare la propria volontà provvedimentale in base al micro ordinamento di settore»: individuando così nella sussistenza dei vizi di incompetenza, carenza di proposta o di parere obbligatorio patologie talmente radicali ed assorbenti da limitare il potere di parte di graduare i motivi e le domande, non potendo il giudice «dettare le regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo *munus*»<sup>55</sup>. Considerazioni di ordine generale («tutela della legalità dell'azione amministrativa e degli interessi pubblici sottostanti») ed avvertite esigenze di efficienza del sistema giudiziario (contenimento degli «eccessi di tutela spesso forieri di veri e propri abusi del processo») finiscono, in tali casi, per assumere prevalente considerazione rispetto alla prospettiva della tutela individuale, imponendo al ricorrente una riduttiva scelta tra due strade: non denunciare censure di incompetenza (e le altre assimilate), oppure sollevarle ma nella consapevolezza della impossibilità di graduarle. Scelta le cui ricadute penalizzanti sul piano della soggettività della tutela si ritengono compensabili in termini di auspicati effetti deflattivi sul contenzioso, nella misura in cui si ipotizza, non senza qualche difficoltà logica legata anche allo slittamento di piani argomentativi, la dissuasione del ricorrente dalla proposizione di impugnative per «una pletora di motivi sostanzialmente di facciata» e la concentrazione dei ricorsi «solo sull'interesse sostanziale effettivamente perseguibile»<sup>56</sup>.

Il secondo problema è presidiato dalle classiche condizioni processuali (legittimazione ed interesse a ricorrere), che tendono ad essere sagomate (Montedoro, 2014: 183) non solo sul tipo di azione ma anche sulla natura delle pretese che delimitano e caratterizzano il rapporto che ne è oggetto. La tendenza del nostro ordinamento ad accrescere la rilevanza giuridica (Cudia C., 2012, 157 ss.) di interessi plurisoggettivi ed a contenuto generale<sup>57</sup> ed anche di soggetti terzi rispetto a quelli nei cui confronti si concretizza il rapporto amministrativo (Mannucci, 2016: 113) ha comportato un corrispondente adeguamento dei filtri di accesso alla tutela giurisdizionale. La «possibilità giuridica» dell'azione (Mandrioli, 1991: 49) si è per tale via evoluta fino ad attestarsi, sulla scia della nota giurisprudenza del 'chiunque' affermatasi negli anni '70 in materia edilizia<sup>58</sup>, sull'indice della *vicinitas* evocativo di una forma elastica di collegamento (a vario titolo: spaziale, associativo e/o di categoria, funzionale) dell'interesse sostanziale con l'esercizio di un potere pubblico. Tale evoluzione sembra avvenuta all'insegna della seguente regola implicita: quanto più gli interessi antagonisti sono riferibili a vicende puntuali e/o a relazioni giuridiche di tipo bipolare, come avviene per la contestazione dei titoli edilizi nei rapporti di vicinato, tanto più il predetto requisito di legittimazione viene ritenuto insufficiente ed affiancato anche dalla necessaria prova dell'interesse a ricorrere sotto forma di uno specifico e circostanziato pregiudizio delle posizioni individuali riconducibile agli atti impugnati<sup>59</sup>; quanto più, invece, si allarga l'ambito oggettivo o soggettivo di proiezione degli interessi antagonisti, tanto più si intende sufficiente «una ragionevole prospettazione della lesione potenziale»<sup>60</sup>, come per esempio nella materia ambientale<sup>61</sup>, fino ad ammettere forme eccezionali di legittimazione oggettiva per la tutela di interessi generali (Cerulli Irelli, 2014: 351), come la libertà di concorrenza ed il corretto funzionamento del mercato<sup>62</sup>, strutturate come *extrema ratio* per sopperire al fallimento di preliminari sequenze procedimentali pre-contenziose ideate, oltre che per fini deflattivi, anche e soprattutto per assicurare il governo in via amministrativa di valori generali<sup>63</sup>.

Anche il principio per cui è impugnabile solo il provvedimento conclusivo del procedimento che, recando la decisione finale produttiva degli effetti giuridici esterni, è in grado di ledere le posizioni giuridiche dei soggetti interessati ha subito una progressiva elaborazione da parte della giurisprudenza<sup>64</sup> che ha consentito significative anticipazioni/estensioni della tutela verso snodi particolari di svolgimento della funzione. Tra esse, merita ricordare in questa sede: le clausole escludenti degli atti generali incoativi delle procedure concorsuali<sup>65</sup>; le decisioni di indizione delle medesime procedure selettive, impugnabili da parte di chi non abbia legittimamente partecipato alle stesse, oltre che nel veduto caso di clausole escludenti, solo se è contestata in radice la scelta di indire la procedura, se si tratta dell'operatore economico di settore che intenda contestare un affida-

mento diretto o senza gara<sup>66</sup>; gli arresti procedurali, costituenti come sopra accennato fattispecie endoprocedimentali sostanzialmente provvedimentali che sono «preclusive delle aspirazioni dell'istante o comunque di uno sviluppo diverso e per esso maggiormente favorevole» del procedimento, con esclusione però degli atti provvisori promananti da organi straordinari o commissioni tecniche che preannunciano il tenore della decisione amministrativa e sono, dunque, facoltativamente impugnabili a condizione però che segua nel corso del giudizio l'impugnazione del provvedimento definitivo, delle prassi consistenti nella sperimentazione di protocolli procedurali *praeter* o *contra legem*, nonché di atti soprassessori che rinviando il soddisfacimento dell'interesse pretensivo e sono ora impugnabili con la veduta azione di esatto adempimento<sup>67</sup>.

Entro tali coordinate si colloca il tema decisivo delle scelte discrezionali riservate al potere amministrativo. Seguendo un andamento recessivo nel tempo, grazie al concreto sviluppo di una giurisprudenza che, a prescindere dalla portata condizionante del postulato ideologico dell'inesauribilità della funzione pubblica, ha incisivamente operato sui tre profili della percezione della realtà, della qualificazione e/o valutazione dei fatti e della composizione degli interessi (Ponticelli, 1990: 1), tale limite si è progressivamente attestato sull'elemento quantitativo dell'opinabilità (Vacirca, 1981: 1589) e si è di recente risolto nell'enucleazione di una serie di categorie e coppie concettuali (debole-forte, estrinseco-intrinseco: Villata, Ramajoli, 2006: 122 sgg.) tendenti a descrivere, in una con il superamento dell'equazione 'merito uguale discrezionalità tecnica', le condizioni per la graduazione d'intensità di un sindacato che giunge a lambire l'attendibilità delle valutazioni sotto il profilo della loro «correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo»<sup>68</sup>. La via tracciata offre la possibilità di ricostruzioni tendenzialmente complete dell'iter di formazione della decisione, permettendo di superare i limiti sottesi alla «logica opaca» e di tipo sintetico sperimentata nella caccia ai sintomi di illegittimità (Merusi, 2012: 74). Pur nella consapevolezza della sottile linea di confine esistente «tra l'operazione intellettuale consistente nel vagliare l'intrinseca tenuta logica della motivazione dell'atto amministrativo impugnato e quella che si sostanzia invece nello scegliere tra diverse possibili opzioni valutative, più o meno opinabili, inerenti al merito dell'attività amministrativa di cui si discute»<sup>69</sup>, non vanno sottaciute diffuse incertezze ed ambiguità, dovute talvolta allo scollamento tra enunciazioni di massima ed esiti decisori (Sigismondi, 2015: 734), talaltra anche al valore evocativo di formule linguistiche (Travi, 2004: 447) alla cui luce si pretende di catalogare le molteplici manifestazioni della ragionevolezza amministrativa.

La logica della *full jurisdiction*, legata alla effettiva e piena disponibilità di ogni rimedio, impone di abbandonare il livello di siffatte astrazioni<sup>70</sup> e di ragionare avendo riguardo al concreto sviluppo della fattispecie procedimentale ed

al suo intreccio con le dinamiche processuali. Premesso che il limite dell'opinabilità appare il riflesso tardivo di una sistematica incentrata ancora sulla centralità dell'azione di impugnazione e che lo stesso sistema europeo non esclude comunque limitazioni del potere giurisdizionale in presenza di scelte a forte connotazione politica riconducibili al circuito rappresentativo democratico, sulla base di logiche non dissimili da quelli rinvenibili anche a livello domestico nell'affermazione della separazione tra indirizzo politico e gestione amministrativa come nella tendenza al progressivo arretramento della discrezionalità «dalla decisione puntuale alla scelta programmatica» preliminare (Nigro, 1986: 723), può anzitutto ragionevolmente sostenersi che ogni elemento fattuale così come i presupposti giuridici della fattispecie – rilevando come insieme di fatti e qualificazioni condizionanti la produzione (piuttosto che la scelta) dell'effetto giuridico – è suscettibile di autonoma conoscenza e valutazione da parte del giudice a prescindere dalla relativa complessità e/o determinatezza. Quanto al nucleo centrale delle scelte vere e proprie, pare invece opportuno parlare di una discrezionalità non astratta ma concreta, di tipo 'situazionale' in ragione del contesto temporale, fattuale ed istruttorio a cui si guarda nello specifico caso e della sua successiva evoluzione, qual è quella cui fa riferimento – nell'ottica processuale – l'art. 31, co. 3, c.p.a. (richiamato dall'art. 34, co. 1, lett. c, c.p.a.)<sup>71</sup>. Ben può, infatti, succedere che l'istruttoria procedimentale comporti la riduzione e/o consumazione del più ampio raggio di scelte ipotizzabili all'inizio del procedimento, fino a non fare residuare ulteriori margini di discrezionalità perché una sola diviene la decisione possibile tra tutte quelle originariamente consentite dalla legge. Così come può accadere che la riedizione del potere dopo una sentenza favorevole veda erosi i propri sbocchi decisori dal «sentiero-guida» tracciato dal giudizio di cognizione<sup>72</sup>. Per quanto non abbiano avuto seguito le tesi estreme inclini ad affermare un divieto di riesercizio del potere a seguito di un giudizio sfavorevole e – in ossequio ai principi di autonomia e responsabilità dell'amministrazione salvaguardati dallo stesso meccanismo del *remand* di cui agli artt. 88, co. 1, lett. f), e 112, co. 1, c.p.a. – non venga, dunque, esclusa in via generale la possibilità di rivalutazione e di approfondimento di fatti od elementi che seppure già tenuti presenti non erano stati adeguatamente posti in luce o valorizzati nella loro interezza<sup>73</sup>, sta di fatto che la riedizione del procedimento è assoggettata a «precisi limiti e vincoli»<sup>74</sup>. Così, salvi i non del tutto frequenti casi di giudicato puntuale che preclude la valutazione di elementi già ritenuti neutri o inconferenti<sup>75</sup>, nelle ordinarie ipotesi di sentenza basata su vizi formali o sul difetto di motivazione 'ordinario' l'accertamento compiuto dal giudice sui presupposti della pretesa azionata diventano vincolanti nei confronti dell'amministrazione, mentre le nuove operazioni di valutazione dei fatti e delle circostanze rilevanti non devono avvenire all'insegna della ricerca di «un argomento pur-

chessia» o della riesternazione di argomenti già considerati recessivi in sede di giudizio<sup>76</sup>, ma deve dimostrarsi il frutto della «constatazione di una palese e grave erroneità del giudizio precedente», in attuazione dei principi di buon andamento nella gestione della funzione pubblica e di correttezza e buona fede nella conduzione dei rapporti giuridici<sup>77</sup>. Sulla scia del principio di effettività della tutela e della correlata necessità che la controversia trovi ad un certo punto una soluzione certa e definitiva, si è di conseguenza affermata la teoria del c.d. *'one shot temperato'*, secondo cui sussisterebbe in capo all'amministrazione un vero e proprio obbligo di esaminare «l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati»<sup>78</sup>.

Tale approdo interpretativo rappresenta lo stadio soddisfacente più avanzato del rapporto circolare ed interattivo tra procedimento e processo su cui insiste anche il diritto europeo ed evidenzia, in definitiva, come la strada verso la recezione del canone della *full jurisdiction* è condizionata non tanto dalle coppie dicotomiche che, per pigrizia culturale e con evidenti slittamenti concettuali<sup>79</sup>, si sono succedute nella pretesa di sistematizzare la inappagata ricerca di un equilibrio di poteri, ma dalla responsabilità e serietà con cui ogni attore del giudizio è in grado di interpretare il proprio infungibile ruolo nello sviluppo della singolare dialettica processuale.

#### 6. *Il processo: la domanda di parte e la prova dei fatti*

L'esame delle condizioni preliminari e generali per lo sviluppo di un sindacato effettivo e pieno sul potere amministrativo rinvia al processo quale sede decentrata per il concreto conseguimento di tale obiettivo.

Una volta preso atto della estensione anche al processo amministrativo dei principi di pluralità e (quantomeno tendenziale: Travi, 2011b: 87) atipicità delle azioni<sup>80</sup>, pure nella consapevolezza delle resistenze di tipo culturale che ancora si frappongono al consapevole uso delle tecniche (soprattutto) di mero accertamento e di condanna (risarcitoria e di adempimento), la presente analisi può concentrarsi (v. F. Figorilli, *L'efficienza della tutela alla prova delle azioni disponibili nel processo amministrativo e delle relative condizioni*, in questo volume) sul nodo della domanda di parte e sui relativi vincoli che è in grado di veicolare per la decisione del giudizio.

In proposito, non può non rilevarsi che al persistente disimpegno teorico sul controverso tema dell'oggetto della domanda, ancora di recente identificato – per il modello impugnatorio – nella richiesta di annullamento di uno o più provvedimenti<sup>81</sup>, nonostante le sollecitazioni ad abbracciare il rapporto giuridico sostanziale (Motto, 2012: 180; Ferrara, 2013: 637) derivanti anche dalla parallela

opera di rivisitazione delle azioni negoziali da parte della Corte di Cassazione<sup>82</sup>, fa da contraltare l'evoluzione della disciplina processuale e della giurisprudenza che appaiono in realtà orientate verso la progressiva comune valorizzazione del legame strumentale e funzionale tra processo e rapporto amministrativo alimentato dall'esercizio del primo di quei poteri di parte riassunti nello schema complesso del diritto di azione (Proto Pisani, 1973: 1057; Consolo, 1991: 49). In linea con gli orientamenti (già evidenziati *supra*, al par. 3) tendenti a valorizzare il principio per cui il processo deve tender per quanto possibile ad una decisione di merito (Luiso, 2013: 6), si assiste così in primo luogo alla diffusione di una linea di pensiero che, in tema di interpretazione del contenuto della domanda, tende a «salvaguardare la possibilità di accesso al giudizio ed alla sua definizione con decisione nel merito», considerando «non prevalente quel risultato che consenta al giudice [...] di liberarsi» di tale obbligo mediante le ipotesi di pronuncia di rito<sup>83</sup>. Nella stessa lunghezza d'onda si colloca, poi, il crescente *favor* verso la possibilità del cumulo in via principale o incidentale di domande connesse nello stesso giudizio: possibilità che può realizzarsi o *ex ante*, cioè al momento di esercizio dell'azione, mediante la proposizione di un unico ricorso (art. 31, co. 1, c.p.a.) o di motivi aggiunti (art. 43 c.p.a.) avverso atti frutto del concorrente e collegato esercizio di poteri amministrativi diversi, ancorché facenti capo a differenti autorità, incidenti sulla medesima fattispecie sostanziale; o *ex post*, al momento della conoscenza da parte del giudice (art. 70 c.p.a.) «della controversia nei suoi termini reali, concreti e complessivi»<sup>84</sup>. Come che sia, è evidente che la spinta per tale via esercitata verso l'ammissibilità di un «processo oggettivamente complesso» (Pagni, 2014: 1168), a tutto vantaggio non solo della concentrazione e della speditezza della funzione giudicante<sup>85</sup> ma anche di una cognizione omogenea e contestuale di assetti di interessi afferenti a vicende della vita sostanzialmente unitarie, colloca il giudizio oltre la tradizionale prospettiva del collegamento procedimentale o funzionale tra atti diversi (Berti, 1970: 20 sgg.; Ramajoli, 2002: 50) disvelando una capacità adattiva dello stesso sulla base del nuovo comune denominatore della «unitarietà della posizione giuridica che il soggetto intende tutelare in giudizio»<sup>86</sup>.

Anche sul fronte dei motivi del ricorso (De Nictolis, 2011: 359; Cerbo, 2012; Romano Tassone, 2012: 803) è da registrare una recente presa di posizione dell'Adunanza Plenaria, nel senso che il processo amministrativo è un processo di parte e che le peculiari modalità di tutela dell'interesse legittimo non possono condurre ad una esegesi della disciplina processuale che dia vita, almeno fuori determinate e limitate ipotesi, ad una derogatoria giurisdizione di diritto oggettivo, essendo così vietato al giudice di attribuire un bene della vita non richiesto o comunque di emettere una statuizione che non trovi corrispondenza nella domanda<sup>87</sup>. Sulla base di simili premesse, il contrasto registratosi

in giurisprudenza tra alcune Sezioni del Consiglio di Stato<sup>88</sup> è stato risolto nel senso che la graduazione dei motivi, purché manifestata in modo puntuale ed esplicito dalle parti, vincola il giudice «sebbene la sua osservanza possa portare, in concreto, ad un risultato non in linea con la tutela piena dell'interesse pubblico e della legalità»<sup>89</sup>. Anche la criticata prassi dell'assorbimento dei motivi è stata di conseguenza ridimensionata e ritenuta in linea di principio vietata, salvo che non sia autorizzata da espresse previsioni di legge (es. artt. 74 e 49, co. 2, c.p.a.) o da ineludibili ed evidenti ragioni di ordine logico-pregiudiziale o di economia processuale, e sempre comunque con l'avvertenza che occorre dare la preferenza ai motivi ed alle questioni di carattere sostanziale idonee a «chiudere la lite definitivamente»<sup>90</sup>.

Su un altro ma connesso versante, può osservarsi che, se è vero che il processo è lo «strumento mediativo» per eccellenza (Grossi, 2009: 1906) tra la fattualità del singolo episodio della vita e la *regula iuris* individuata per la risoluzione dei conflitti in ordine ad esso insorti, ben si comprende come spetti proprio alla domanda incoativa del giudizio indicare oltre la pretesa fatta valere anche i fatti storici principali che, nella serie ininterrotta di accadimenti (Lent, 1953: 466), ne consentono l'individualizzazione (Cerino Canova, 1980: 188). La *quaestio facti* è il punto di partenza del ragionamento del giudice e delimita e condiziona il suo prodotto decisorio. Ciò vale anche per il processo amministrativo, nella misura in cui lo stesso si va sempre più emancipando dall'istruttoria limitata (ex art. 44 T.U. Cons. St.) alla ricostruzione del dossier procedimentale dell'atto che era tipica di un giudizio (impugnatorio) concepito come revisione critica delle valutazioni operate dall'amministrazione (De Giorgi Cezzi, 2002: 914; Perfetti, 2008: 930). Purtuttavia, benché l'art. 64 c.p.a. attribuisca finalmente alle parti la titolarità del potere di disposizione processuale dei fatti da porre a fondamento della decisione (Benvenuti, 1953: 31), la realizzazione di un sistema di tutele ancorato alla possibilità della diretta verifica dei fatti oggetto dell'esercizio del potere appare ancora lontana. Anzitutto, è ancora oggi significativa la «inautonomia procedurale» della fase istruttoria (Giani, 2013: 367; Corpaci, 2010: 619) in un processo che continua ad essere articolato nelle due minimali fasi introduttiva e decisoria. Ciò implica che, salve lodevoli ed autonome iniziative assunte a livello locale da qualche Presidente di TAR<sup>91</sup>, la prova dei fatti solo sommariamente esposti nel ricorso (art. 40, lett. c, c.p.a.) è compressa in vista della trattazione delle istanze cautelari nella camera di consiglio o dei motivi del ricorso nell'udienza finale di discussione, venendo così notevolmente pregiudicato il «libero gioco dei contrapposti antagonismi» che è garanzia per avvicinarsi il più possibile non a verità parziali e fittizie ma alla sostanza della lite (Fornaciari, 2005: 68; De Giorgi, 2013: 20). Sul piano dei principi, poi, il tralaticio e talvolta non meditato richiamo alla formula benvenutiana del meto-

do acquisitivo, ora peraltro codificata dall'art. 64, co. 3, c.p.a.<sup>92</sup>, ha consentito la reiterazione di prassi istruttorie dominate da un uso non controllabile di poteri officiosi, in vista del perseguimento di interessi generali attinenti alla realtà extraprocessuale come la legalità e l'accertamento della verità reale (Villata, 1995: 200; Perfetti, 2014: 52); con conseguente inaridimento delle iniziative probatorie delle parti che, scoraggiate dalla ingombrante «signoria sulla prova» manifestata dal giudice (Nigro, 1967: 15) e dal rassicurante onere del «principio di prova», tendono a non impegnarsi nella proposizione di una alternativa e diversa ricostruzione dei fatti e degli aspetti tecnici della fattispecie controversa, reiterando passive prassi forensi incentrate sul sindacato indiretto sub specie delle classiche figure sintomatiche di eccesso di potere (Follieri, 2014: 205-206). L'ambiguo rapporto che su tali basi si è venuto a strutturare tra logiche dispositive e dinamiche acquisitive ha dato vita ad un sistema privo di sufficiente coerenza e razionalità (D'Angelo, 2010: 215; Chizzini, Bertonazzi, 2012: 685) che si è riflesso negativamente sulle applicazioni pratiche. Sarà sufficiente in questa sede ricordare (v. S. Lucattini, *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: per una specialità di servizio*, in questo volume) l'atteggiamento reticente manifestato in tema di interrogatorio libero, cui pure talvolta si è fatto ricorso nel convinto tentativo di cogliere attraverso la «immediatezza dell'oralità [...] indispensabili elementi "sensitivi" di convincimento»<sup>93</sup>, o per verificare determinate «circostanze di tempo e di luogo», o ancora per comprendere in modo più esauriente «i termini reali delle operazioni economiche e dei meccanismi tecnici celati dietro il linguaggio specialistico utilizzato», e che in altre occasioni si è invece veduto ricondotto ad un'impropria dimensione documentale tanto da essere assimilato alla vecchia richiesta di chiarimenti<sup>94</sup>. La stessa logica documentale appare sottesa anche alla pratica inattuazione del potere di ispezione di cui agli artt. 63, co. 2, c.p.a. e 118 c.p.c., cui si preferisce l'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. in funzione della ritenuta sufficienza di un'indiretta rappresentazione della realtà, così come al riduttivo impiego della testimonianza che, per quanto ammessa solo in forma scritta dall'art. 63, co. 3, c.p.a., è talvolta retrocessa a «mero principio di prova idoneo soltanto a legittimare l'esercizio dei poteri istruttori del giudice», fino ad essere ritenuta sostanzialmente equivalente alla dichiarazione sostitutiva dell'atto notorio in virtù della comune garanzia offerta dalla eventuale responsabilità per i reati di falso<sup>95</sup>. Un accenno merita anche il tema della consulenza tecnica che, per quanto non costituisca notoriamente un vero e proprio mezzo di prova, rappresenta tuttavia un importante strumento di indagine messo a disposizione del giudice per acquisire cognizioni o valutazioni tecniche e specialistiche non possedute e che si rendono necessarie per ricostruire elementi diretti di giudizio ed eseguire un pieno sindacato sulle scelte compiute dall'amministrazione (Sandulli, 2008: 3540). In disparte il non insuperabile

bile, alla luce del soggettivo apprezzamento del giudice, problema del limite della indispensabilità (art. 63, co. 4, c.p.a.) e la connessa questione dei rapporti con il tradizionale istituto della verifica<sup>96</sup>, che sembrano ormai ridursi a differenze di tipo procedurale e soggettivo (Di Modugno, 2012: 626), destano perplessità orientamenti che limitano il ricorso alla CTU ai soli casi di decisioni già *prima facie* affette da vizi logici o di travisamento<sup>97</sup>, finendo per evocare lo stesso limite dell'opinabilità che si è già visto richiamato a presidio del divieto del giudice di sostituirsi all'amministrazione<sup>98</sup>; o tendenze che, addirittura, escludono in radice la stessa possibilità di ricorrere a strumenti conoscitivi autonomi, a salvaguardia delle valutazioni tecniche già compiute in sede amministrativa<sup>99</sup>. In tal senso, appare emblematica una recente decisione del TAR Liguria in tema di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa in una gara per l'aggiudicazione di un contratto di fornitura di suture chirurgiche. Nel valutare la correttezza o meno dell'utilizzo del metodo di calcolo previsto dal bando, il giudice ligure ha affermato che il compito del CTU nel processo amministrativo è circoscritto alla valutazione del «fondamento razionale ed epistemico del metodo applicato dall'amministrazione, non quello di sostituirsi ad essa per individuare il metodo tecnico più adeguato per raggiungere gli obiettivi avuti di mira». Con la conseguenza che si sono ritenute ammissibili le consulenze c.d. deducibili volte a valutare i fatti accertati e dati per esistenti in quanto già definitivamente acquisiti nel procedimento amministrativo, e non quelle c.d. percipienti, nelle quali il consulente è chiamato ad accertare direttamente i fatti mediante l'ausilio di specifiche competenze tecniche<sup>100</sup>. Per tale via, non solo si giunge ad un «sostanziale svuotamento» delle garanzie conoscitive proprie dell'istituto (Giliberti, 2015: 754), con conseguente allontanamento della giurisprudenza domestica dal modello del sindacato pieno predicato a livello europeo, ma si rischia anche di vedere perpetuate giustificazioni della specialità del giudizio amministrativo legate o alla ritenuta maggiore informalità e speditezza del rito o alla presunta particolare sensibilità e competenza specialistica<sup>101</sup> del giudicante (Lucattini, 2015: 212; Fornaciari, 2014: 177) che sono chiaramente tributarie al risalente e non più attuale modello di una giustizia interna o comunque vicina all'amministrazione.

Non meno significativa è, infine, la giurisprudenza in tema di risarcimento dei danni da esercizio illegittimo della funzione, perché, a dispetto di un approccio più ravvicinato ai dati di fatto suggerito dal sindacato sui fatti illeciti e del principio comunemente invocato secondo cui l'istruttoria è retta dal principio dispositivo nella sua declinazione più piena (artt. 2697 c.c. e 124 c.p.a.), non esistendo ragione alcuna per estendere i poteri di acquisizione officiosa ai giudizi che non riguardano lo scrutinio della funzione autoritativa<sup>102</sup>, la lettura di un qualunque massimario evidenzia la diffusione di prassi liquidatorie che

rifuggono dal confronto diretto con i dati concreti della singola vicenda e sono invece rette da logiche tabellari, presuntive ed astratte proprie di un giudice che continua a rinunciare a quel «problematico senso della realtà» che è condizione essenziale per «vivere profondamente la sua esperienza» (Calogero, 1937: 52).

In definitiva, dall'analisi che precede si ricava la preoccupante impressione di una evidente cesura logica tra il momento dell'introduzione in giudizio dei motivi e delle domande a sostegno della pretesa sostanziale azionata e quello della prova delle circostanze fattuali e giuridiche addotte a loro fondamento. Si spezza in tal modo il necessario collegamento funzionale tra la domanda e la sentenza, venendo così a mancare, unitamente al «grado di accuratezza posto dal giudice nell'indagare esattamente il rapporto di fatto» (Calamandrei, 1965: 29), la coestensione tra giudizio e rapporto sostanziale che è insita in un sindacato giurisdizionale effettivo e pieno.

Poco importa, allora, che siano ormai maturate le indicate condizioni di principio e disciplinari per l'estrinsecazione del modello della *full jurisdiction* e che siano stati finalmente valorizzati anche nel processo amministrativo il principio della domanda ed il relativo corollario della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, se poi lo sbocco decisorio continua ad essere condizionato da vecchi abiti mentali, peraltro non necessitati dall'evoluto oggetto del giudizio, che astraggono il giudice dalla dimensione reale e completa del conflitto sociale sotteso alle manifestazioni del potere. Tale atteggiamento, in una stagione incline a valorizzare una fase preparatoria del processo «incentrata su una presenza attiva del giudice» anche in funzione del circostanziato controllo probatorio del materiale di causa (Trocker, 2015: 140) e, di conseguenza, ad elevare a componente centrale della sentenza proprio «l'accertamento del fatto» (Patroni Griffi, 2015: 21), indicando, anche attraverso la sanzione del superfluo<sup>103</sup>, lo stile decisorio «funzionale, flessibile, deformalizzat(o)» quale punto culturale di riferimento di quello che deve rappresentare il «risultato corale» di un processo che si è sviluppato attraverso le voci dei soggetti che vi hanno partecipato (parti, periti)<sup>104</sup>, rischia di rappresentare la residua cifra distintiva di una giustizia non più in linea con le esigenze e gli standards della modernità.

### *7. La difficile ricerca di condizioni di efficienza del servizio per l'effettività dei rimedi*

Pur nella consapevolezza dei limiti legati all'estensione dei metodi valutativi propri dell'approccio neo-manageriale al settore della giustizia (v. R. Caranta, *I paradigmi europei di efficienza della tutela in via amministrativa e i principi sovranazionali in materia di giurisdizione*, in questo volume), è ineludibile la tendenza a cogliere la funzione giurisdizionale nella combinata prospettiva della sua effettività ed efficacia. L'una dimensione, infatti, chiama in causa necessariamente

te l'altra, nella misura in cui la effettiva disponibilità di rimedi pienamente satisfattivi delle lesioni e dei torti sofferti richiede anche che al giudice siano assegnate risorse adeguate strumentali per assicurare che la durata del singolo processo non vada in danno dell'attore che ha ragione. Già si è detto, sotto questo aspetto, che l'efficienza dal punto di vista organizzativo della macchina giudiziaria è condizione per l'effettività di esercizio della funzione. Questo legame di fisiologica coincidenza di piani è retto a livello preliminare dal principio di proporzionalità nella ripartizione delle risorse per la giusta trattazione delle singole cause (Caponi, 2011: 389), ed a livello successivo e decentrato da quello di ragionevole durata del processo, la cui combinata lettura è ben raffigurata dall'art. 0.8 (Efficienza del processo civile) del progetto di nuovo codice di procedura civile ideato da Andrea Proto Pisani in questi termini: «è assicurato un impiego proporzionato delle risorse giudiziali allo scopo della giusta composizione della controversia entro un termine ragionevole, tenendo conto della necessità di riservare risorse agli altri processi»<sup>105</sup>.

Come però alcune ricerche (v. I. Pagni, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in questo volume) non tralasciano di mettere in evidenza, la dialettica in esame presenta anche connotati problematici che suggeriscono prudenza nell'analizzarne i vari aspetti. Già da un punto di vista generale, è sotto gli occhi di tutti la tensione che si va instaurando tra la traiettoria assolutizzante del postulato chiovendano del «tutto quello e proprio quello» ed il carattere limitato delle risorse colto, in particolare, dalle recenti tendenze normative verso la c.d. «degiurisdizionalizzazione». Sintagma equivoco che, oltre ad intitolare una recente manovra urgente sul processo civile<sup>106</sup>, può essere preso ad emblema di una stagione in cui la generale sfiducia nelle capacità di governo della giustizia si traduce nella confusa ricerca di soluzioni (Consolo, 2014: 1174) variamente orientate verso finalità di politica economica (Caponi, 2015, V: 13) che vanno dalle sedi preliminari di conciliazione o di negoziazione assistita delle liti, alle forme alternative di risoluzione delle controversie, oppure all'introduzione di sanzioni economiche e processuali sempre più consistenti per contrastare l'abuso del processo, al perfezionamento di corsie preferenziali o forme di tutela differenziate per alcuni settori anche economicamente rilevanti dell'ordinamento, all'individuazione di limitazioni o filtri in ordine alla possibile articolazione su vari gradi del giudizio.

Simile tendenza non ha risparmiato la giustizia amministrativa, oltre tutto negli ultimi tempi oggetto di ripetuti attacchi in quanto ritenuta istituzionalmente responsabile delle tensioni che si registrano in un sistema che si rivela incapace di riformarsi per «uscire dalla crisi» (Torchia, 2014: 337).

Un campionario abbastanza rappresentativo delle logiche sottese alle politiche pubbliche in atto in questo settore è offerto dal tenore del recente decreto

legge 24.6.2014, n. 90, recante misure urgenti «per l'efficienza degli uffici giudiziari», il cui Titolo IV impiega significativamente il concetto di effettività con riferimento specifico al processo telematico, cioè ad una forma procedurale dematerializzata, mentre guarda al processo amministrativo più che altro in termini di snellimento del rito e di deflazione del carico di lavoro. Tali obiettivi risultano affidati essenzialmente alle seguenti misure:

- a) la ridefinizione della geografia giudiziaria e l'adozione di un piano generale di riorganizzazione che preveda misure di ammodernamento e razionalizzazione della spesa tenendo anche conto del carico di lavoro e dell'organizzazione degli uffici;
- b) un inasprimento dei doveri di sinteticità degli scritti difensivi<sup>107</sup> e degli oneri economici del ricorso (regime delle spese legali e sanzioni pecuniarie e contributo unificato<sup>108</sup>), che, per quanto contrabbandati all'insegna dell'ormai pervasivo e forse superfluo concetto di abuso del processo (Tropea, 2015: 223; Fornaciari, 2015: 832), appaiono fortemente limitativi del diritto all'accesso alla giustizia (Scoca, 2014: 1433);
- c) l'ulteriore accelerazione di certi riti speciali, come quelli in materia di appalti pubblici;
- d) la semplificazione di determinati oneri procedurali.

In disparte l'analisi del primo punto che sarà più avanti ripresa, e segnalati i forti dubbi di legittimità costituzionale che investono le misure tese ad innalzare i costi del processo, qualche considerazione più ampia è sollecitata dalla logica sottesa ai due ultimi interventi. La differenziazione dei riti, anzitutto, continua ad essere perseguita non tanto nell'ottica della migliore tutela possibile delle posizioni giuridiche coinvolte nell'esercizio di poteri afferenti a settori economicamente e politicamente sensibili per l'ordinamento, quanto per il contenimento della durata dei relativi processi e, dunque, per il conseguimento dell'obiettivo generale di alleggerimento degli oneri (processuali e procedimentali) gravanti sui cittadini. In tale modo, però, si innesca un circuito perverso tra carattere semplificato della procedura e (ritenuta) limitazione dei poteri di cognizione e decisione del giudice che alimenta il rischio di una insoddisfazione del bisogno di tutela manifestato, come la vicenda dei più volte rimaneggiati riti sul silenzio (Ramajoli, 2014a: 717) e sugli appalti stanno a dimostrare. Inoltre, l'esperienza recente della crescente specializzazione indotta dall'attribuzione di determinate materie ad un medesimo ufficio giudiziario, oltre ad essere segnata da numerosi altri aspetti critici (Pagni, 2012a: 398), per un verso tende ad avvenire all'insegna di quella centralità dei fatti e delle prove che si è visto rappresentare uno degli aspetti più problematici del processo amministrativo, finendo così per fungere da fattore di enfaticizzazione dei suoi attuali limiti; per altro verso, impli-

ca il problema che il vantaggio assegnato – anche se non sul piano satisfattivo – a certe materie si traduce in una corrispondente penalizzazione delle restanti controversie trattate con il rito ordinario, per le quali viene periodicamente annotato il permanere di un arretrato storico che ne impedisce la definizione entro i parametri temporali indicati dalla legge Pinto e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>109</sup>. L'ultimo punto, ancora, oltre a sottendere il lodevole intento di relativizzare le conseguenze (anche in ordine all'allungamento dei tempi procedurali e processuali) collegate a violazioni meramente formali<sup>110</sup>, rischia però di determinare un pericoloso connubio di logiche sostanzialistiche, il cui trapianto dal procedimento al processo può rivelarsi un preoccupante fattore di impoverimento delle garanzie del contraddittorio. Come messo in evidenza dall'analisi critica (v. L. Bertonazzi, *Forma e sostanza nel processo amministrativo: il caso delle sentenze 'a sorpresa' e dintorni*, in questo volume) sulla validità delle c.d. sentenze 'a sorpresa' o 'della terza via' di cui all'art. 73, co. 3, c.p.a., preso a modello di analoghe regole processuali che si pongono al crocevia dei principi di contraddittorio e di collaborazione, la *ratio* di sanzionare la decisione solitaria di questioni di fatto o miste in grado di compromettere il diritto di difesa, ovvero di determinare ipotesi di sviluppo del giudizio fino a quel momento non considerate sotto il profilo dell'allegazione o della prova, è compromessa dagli indirizzi interpretativi che, ragionando sulla falsariga della logica sottesa all'art. 21 *octies* l. n. 241/1990, ritengono sanata la nullità nell'ipotesi di ineluttabilità dell'esito del giudizio. Orientamenti del genere finiscono per trasformare il condivisibile obiettivo di evitare che il formalismo delle garanzie diventi causa di «ingiusta dilazione della decisione» e, dunque, di inefficace gestione del processo (Chiarloni, 2011: 208) in un'impropria subordinazione della validità della sentenza alla sua giustizia, senza considerare che nella logica dell'effettività il rapporto tra i due valori è piuttosto invertito e che, se invalida, la sentenza è destinata ad essere comunque sostituita da altra sentenza, senza che rilevi l'esito di merito del giudizio eventualmente già attinto.

Seguendo il superiore andamento scalare dal generale al particolare si giunge, infine, alla più sottile ed insidiosa delle manifestazioni della dialettica in atto tra effettività ed efficacia: l'idea che il giudice debba farsi carico dell'andamento generale della macchina amministrativa, in quanto «garante estremo di quell'interesse generale, aggredito da forme di abuso del processo oltre che da forme di corruzione» (Tarantino, 2015: 505). Idea sottile, si è appena detto, proprio perché non sempre chiaramente manifestata e riconoscibile nell'andamento ripetitivo delle motivazioni e delle massime, ma ciò nonostante obliquamente presente nelle *rationes decidendi* che sorreggono tutt'oggi diversi indirizzi giurisprudenziali. *Topos* anche insidioso, perché suadente e contagioso in ragione della sua apparente capacità di coniugare il vecchio (statuto fondativo della giustizia ammi-

nistrativa) con il nuovo (indirizzo manageriale, che tende ad avvolgere indistintamente processo e amministrazione), sempre stretta apparendo la connessione esistente «tra l'efficienza dell'amministrazione e i problemi della giustizia amministrativa» (Chieppa, 1999: 67). Postulato che sembra in ogni caso condurre a divergenti, quando non paradossali, esiti, se si considera che, rispetto ad una giustizia ordinaria impegnata a cogliere nel principio di effettività un «ostacolo insuperabile [...] per ogni interpretazione di tipo formalistico e inutilmente defatigante rispetto ai tempi della decisione della causa»<sup>111</sup> e, di conseguenza, a dare ingresso ad una più ampia visione dell'oggetto del processo onde evitare, proprio tenendo conto del carattere non illimitato della risorsa giustizia, che la frammentazione di una originaria sorgente di rapporti sostanziali possa dare luogo a «tanti separati rivoli processuali»<sup>112</sup>, la giurisprudenza amministrativa palesa una «diversa sensibilità»<sup>113</sup> nel declinare i medesimi principi tutte le volte in cui continua a privilegiare l'interesse generale «da un lato ad una corretta gestione della cosa pubblica, e dall'altro ad una corretta gestione del processo, anche per le ripercussioni finanziarie che ricadono sulla collettività», finendo così per perseguire, nel processo ed attraverso il processo, effetti deflattivi di un contenzioso che si pretende di riservare ai «realmente bisognosi»<sup>114</sup>.

Il rischio che la concorrente azione delle tendenze prese in esame conduca ad una sensibile contrazione della giustizia del chiunque, che a far data dai noti casi *Bogliacco*, *Blanco*, *Ricciardi*, per arrivare fino alla vicenda *Vitali*, ha segnato le principali tappe evolutive della giustizia amministrativa, appare evidente ed è confermato anche dai dati degli ultimi anni che, in singolare e paradossale coincidenza rispetto alla codificazione di un sistema rimediale che appare ormai decisamente perfezionato sul piano tecnico, mostrano una sensibile flessione del contenzioso in entrata ed un corrispondente aumento di quel contenzioso secondario o virtuale rappresentato dai ricorsi seriali di ottemperanza alle decisioni di condanna per violazione della legge Pinto<sup>115</sup>. Andamento che appare indice di un preoccupante calo di fiducia nell'apparato rimediale offerto dal giudice amministrativo e non può ritenersi adeguatamente compensato dalla pure rivendicata attrazione del grande contenzioso economico (Napolitano, 2011: 667), che rischia anzi di proiettare il processo in un inedito, affollato e conteso ambito regolatorio assai distante dalla sua storica vocazione giustiziale.

Preoccupa in ultima analisi la mancata percezione della necessità di concentrare sul piano della organizzazione-predisposizione del servizio giustizia quella particolare attenzione verso interessi generali e di sistema e logiche efficientistiche e contabili che è, invece, impropriamente riversata nella gestione del servizio. Nel processo, infatti, dovrebbero prevalere solo le esigenze di effettività e pienezza delle forme di tutela fatte valere dal ricorrente, potendo se mai il *case management* giudiziale trovare utile sbocco nella valorizzazione dei poteri

di direzione materiale del procedimento, in modo da adeguarne con flessibilità l'andamento – nel silenzio del codice che non prevede disposizioni analoghe a quelle contenute negli artt. 168 *bis*, 175, 187 e 81 *bis* att. c.p.c. – alle caratteristiche peculiari delle singole controversie (Costantino, 2011: 83; Ficarelli, 2011: 25). Al di fuori del processo e cioè, visto anche l'insuccesso dei più ambiziosi progetti di intervento ipotizzati dal Governo<sup>116</sup>, prima di tutto alle competenti sedi istituzionali di autogoverno, dovrebbe essere riservata la valutazione privilegiata delle misure di carattere organizzativo volte ad incidere sull'efficiente svolgimento del lavoro giudiziario, in modo da potere responsabilmente intervenire su alcuni nodi problematici (v. G. Conte, *Le politiche di autogoverno della giustizia amministrativa*, in questo volume) quali: gli incarichi extra-giudiziari, i carichi di lavoro (minimi, ma derogabili solo all'esito di una procedura alquanto elaborata e, dunque, vincolanti secondo una delibera del Consiglio di Presidenza del 2013<sup>117</sup>) e gli standards di produttività, l'assetto dei tribunali di primo grado, la sperimentazione di uffici del giudice, tirocini ed altre forme di ammodernamento organizzativo e di razionalizzazione degli uffici giudiziari. Percorso che può essere proficuamente seguito solo se, insieme all'incremento del tasso di democraticità e di trasparenza di processi decisionali già fortemente condizionati da un modello monocentrico e dalla singolare sovrapposizione tra destinatari dei provvedimenti e giudici della relativa validità, si riesce a mettere in campo logiche meno autoreferenziali di quelle finora viste all'opera, ponendo al centro dell'attenzione l'interesse – pure finanziariamente condizionato – degli utenti finali del servizio (D'Amico, 2015) e mettendo ogni giudice in condizione di operare come «imprenditore della giustizia» dotato di una «visione globale» del proprio processo fino alla produzione del suo risultato fisiologico (Capponi, 2015: 32, 150).

#### 8. Conclusioni: una specialità al servizio dei cittadini

Il primo congresso celebrativo cadeva nella stagione di una «garantismo» di cui si andavano cogliendo i frutti sia sul piano dell'attuazione costituzionale (Cheli, 2012: 29) che sul campo del diritto amministrativo sostanziale e processuale (Nigro, 1978: 168). L'affresco di Giovanni Miele si rifaceva a tale chiave di lettura nel rappresentare un sistema che non aveva «più il significato di un tempo» e nel prefigurarne l'ulteriore evoluzione nel senso del progressivo collocarsi delle due giurisdizioni «sullo stesso piano». Il tutto era saldamente inquadrato entro le coordinate sistemiche del dualismo ereditato dall'ordinamento liberale, le cui vie di fuga erano affidate alle proprietà transitiva e circolatoria di modelli ed istituti giuridici, così che «Quel che viene sottratto a un giudice va all'altro, e viceversa» (Miele, 1968: 27).

Il tempo non è passato invano nel cinquantennio che ha preceduto l'attuale ricorrenza celebrativa, se si considera che proprio all'insegna del divisato garantismo la giustizia amministrativa ha guadagnato tecniche di tutela ormai omologhe a quelle del giudice ordinario. Peraltro, l'attuale sistema non è più leggibile secondo la collaudata trama del parallelismo tra ordini giurisdizionali, perché il sopravvenuto superamento dei nessi costitutivi tra diritto e disegni istituzionali espressivi di un determinato ordinamento territoriale ha condotto al disvelamento di trame più complesse il cui esito, grazie anche al processo inferenziale che anima la pratica del c.d. *judicial borrowing*, è la generazione di contesti normativi inediti ed instabili (Marchettoni, 2015: 165) comunque sollecitati da impulsi provenienti dall'evolutive versante dei conflitti socio-economici.

In questo scenario, il dualismo delle origini, oramai soppiantato da un monismo funzionale comunemente percepito e praticato, sembra avere perduto l'originaria valenza esplicativa e vede proiettata la propria dimensione problematica in altri versanti. La combinata portata dialettica delle coppie soggettivo-oggettivo e individuale-generale non è più, infatti, fonte di contrapposte visioni del processo, rispetto alle quali «prendere posizione» (Miele, 1968: 10), ma tende piuttosto a rappresentare la latitudine interpretativa dei valori che improntano più in generale la giustizia come servizio: effettività ed efficacia.

L'analisi che precede, pur con tutti i suoi limiti soggettivi ed oggettivi, ha cercato di cogliere alcune linee di tendenza riassumibili, per un verso, nell'allargamento delle forme di legittimazione all'azione ed anche nell'incremento delle occasioni e tecniche di intervento del giudice in fasi delicate di svolgimento della funzione amministrativa; per altro verso, nella limitatezza di esiti decisori ancora condizionati da fattori di carattere culturale ed ideologico (Comperti, 2014: 782) che inducono vuoi a considerare nel processo interessi generali estranei alla dimensione concreta della lite, vuoi a perpetuare prassi limitative dei poteri istruttori e cognitivi che allontanano dalla realtà fattuale e sostanziale che rappresenta il naturale metro di riferimento per il contenuto di merito della sentenza. Si ha così la sensazione che la incrementata capacità di sindacato delle manifestazioni del potere non si traduca in una parallela capacità di visione e risoluzione del problema sociale che è alle stesse sotteso e di cui le carte del procedimento prese in esame nel processo rappresentano soltanto una rappresentazione formale e parziale. Con un esito che appare paradossale per il giudice amministrativo, la cui tanto evocata «ragion pratica» (Morbidelli, 2012: 297) rischia di divenire formula evocativa non già di quella sostanziale coerenza tra fatti e *rationes decidendi* che dovrebbe orientarne la funzione – così come avviene anche per la ravvicinata potestà amministrativa – ma di un atteggiamento di libertà decisoria che viene rivendicata e custodita in funzione di coordinate ordinali estranee al perimetro del processo.

Simili abiti mentali appaiono sempre meno difendibili, una volta chiariti per un verso la difficile percorribilità della prospettiva del grande contenzioso e, per altro verso, l'equivoco (Cavallone, 2015: 161 e 2008: 955) che si cela dietro la tendenza ad interpretare in chiave moralizzatrice l'orientamento degli ordinamenti contemporanei ad accentuare i poteri direttivi del giudice (Comoglio, 2015: 135).

Nel prendere atto, con spirito laico e critico, della dimensione moderna di un problema antico, non resta pertanto che augurarsi che la sofisticata capacità di «mediazione tra vecchio e nuovo» (Melis, 2014: 229) che costituisce il «vitalissimo legato» (Amato, 2014: 406) dell'esperienza della giustizia amministrativa venga impiegata per rimuovere i vincoli (e relativi costi strutturali e di sistema analizzati da F. Volpe, *I costi del mantenimento del sistema dualistico*, in questo volume) che ancora conducono a privilegiare posizioni difensive del suo tradizionale assetto, nella consapevolezza che l'importante non è risolvere i conflitti nella ricerca di nuovi equilibri di sistema (Travi, 2015: 698), ma reinterpretare una specialità al completo servizio di chi aspira a rimediare gli esiti pregiudizievoli di relazioni non soddisfacenti con il potere pubblico. Notava, infatti, Eugenio Garin a chiusura di un acuto saggio di cui Pietro Piovani procurava la ristampa sul finire degli anni '60 per reagire alla «sclerosi della cultura irrigidentesi in formule di meccanica ripetibilità»: per quanto oscura, contraddittoria ed indefinibile, la giustizia – ogni forma di giustizia, verrebbe da dire – è «sempre urgente» e finché l'uomo rimarrà tale sarà «la sua più alta esigenza» (Garin, 2003: 44).

## Note

- <sup>1</sup> Il progetto abolitrice, enfaticamente rappresentato come «il primo e grave problema che si presenta innanzi ad ogni altro da scogliere» sin dal primo disegno di legge Minghetti, presentato alla Camera dei Deputati il 27 aprile 1861 poco dopo la proclamazione solenne dell'unità, fu poi definito nella Relazione Peruzzi del 1863 come «la più ardita novità che allora si tentasse, perché mirava a fare quello che in pochi Stati si è osato di fare, a sottomettere cioè l'amministrazione alla giurisdizione dei tribunali ordinari al pari di ogni altro privato litigante».
- <sup>2</sup> Nel celebre duello oratorio del giugno 1864 che precedette l'approvazione della legge fu Mancini, nel sottolineare (con la nota espressione «ch'ei si rassegni») l'irrilevanza giuridica dei meri interessi del cittadino lesi da un'azione amministrativa che, senza infrangere alcuna legge, «abbia fallito alla sua missione», non provvedendo «con opportunità e saggezza» o senza «ottenere la massima somma di prosperità e di sicurezza pubblica mercé i suoi atti», a chiarire che «nulla può esservi di contenzioso, dove non è doglianza propriamente di alcun diritto violato, né di alcuna legge infranta».
- <sup>3</sup> Come sostenuto dal Presidente de Lise, nell'introdurre i lavori celebrativi di 180 anni di storia: «Gli anniversari servono per ritrovare le proprie radici. E per guardare al futuro con più fiducia» (de Lise, 2011: XIII). Non è nuova, del resto, l'osservazione che «esistono tanti bilanci per quanti sono i fini e le esigenze di cognizione al conseguimento dei quali il compilatore è indirizzato» (Andrioli, 2007b: 140).
- <sup>4</sup> «Istituzione [...] universale e perenne [...] che, a prescindere da periodi o momenti di crisi, si è dimostrata necessaria in ogni tempo e in ogni regime», come ebbe a dire il Presidente Santi Romano il 18 agosto 1931 in occasione della riunione dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato in Campidoglio, dinanzi al Capo del Governo Benito Mussolini, per commemorare il primo centenario (Romano, 1932: 4). Da allora si è variamente parlato di «fortuna [...] dipendente dall'abnegazione e dalla virtù degli uomini» (Scialoja, 1931: 417) «ch'erano decoro del consesso» (Jemolo, 1931: 449), di «vitalità della istituzione» (Landi, 1965: 139), di «capacità di cogliere il vivo della società e di trasferirlo nella valutazione giuridica, quasi mediando, nei confronti della pubblica amministrazione, tra il rigido cerchio delle leggi e le esigenze che affiorano dalla realtà» (Pescatore, 1981: XV), di «generale vocazione (per tradizione, per lunga esperienza, per estrazione dei suoi membri, per posizione all'apice...) a conoscere dell'azione amministrativa e della realtà delle sue esigenze» (Crisci, 1989: XIV), di «prestigio» legato al modo di esercizio delle funzioni (de Lise, 2011: XXIX), di «ambivalenze [...] all'origine della [...] lunga durata» (Cassese, 2011: 25) di quella che è stata profeticamente definita una «pianta vigorosa e forte [...] che a lungo vivrà ed opererà per il bene dello Stato» (Jemolo, 1930: 263).
- <sup>5</sup> Tra le iniziative politiche più recenti e significative possono citarsi gli interventi di Romano Prodi e Paola Severino su *Il Messaggero* dell'11 agosto 2013, nonché il programma di riforma annunciato dal Governo Renzi nel Def del 2014.
- <sup>6</sup> Infatti «per poco che giudizio ci sia, non può aversi conflitto, appunto perché manca la scelta del giudice [...] Non si tratterà, pertanto, né potrà trattarsi, che di torto o di diritto, sia che questo possa essere definito preliminarmente o dopo indagini sul merito» (come ebbe a dire il Mancini nella relazione del 16 giugno 1875).
- <sup>7</sup> Come si legge al punto 9 della Relazione Grandi al codice di procedura civile del 1942.
- <sup>8</sup> Dovuto, rispettivamente, a C. cost., 22.3.1967, n. 30, e C. cost., 20.4.1968, n. 33.
- <sup>9</sup> Come messo in luce a partire da Cons. St., Ad. Pl., 3.5.1960, n. 8, in *Giur. it.*, 1960, III: 257.
- <sup>10</sup> Come ipotizzato da Cons. St., Ad. Pl., 10.3.1978, n. 10, in *Foro it.*, 1978: 352.
- <sup>11</sup> Categoria elaborate dalla giurisprudenza, fin dalla nota decisione sull'affare Ricciardi di Cons. St., sez. V., 1.12.1939, n. 795, in *Giur. it.*, 1940, II: 37.
- <sup>12</sup> C. cost., 28.6.1985, n. 190, in *Foro it.*, 1985, I: 1881.

- <sup>13</sup> Da ultimo ribadita anche da Cons. St., Ad. Pl., 15.1.2013, n. 2, in *Urb. app.*, 2013: 952.
- <sup>14</sup> Cass., S. U., 22.7.1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I: 2487.
- <sup>15</sup> Cass., S. U., 23.12.2008, n. 30254, in *Foro it.*, 2009, I: 731.
- <sup>16</sup> Cui pure ha continuato a richiamarsi Cons. St., Ad. Pl., 22.10.2007, n. 12, in *Foro it.*, 2008, III: 1, nella parte in cui la vecchia idea del «coinvolgimento costante dell'interesse del singolo nell'interesse della collettività» è ripresa per dimostrare il carattere costituzionalmente indefettibile «della natura principalmente impugnatoria dell'azione innanzi al giudice amministrativo, cui spetta [...] non solo di annullare, bensì di conformare l'azione amministrativa affinché si realizzi un soddisfacente e legittimo equilibrio tra l'uno e gli altri interessi» (punto n. VI della motivazione).
- <sup>17</sup> Così si legge in Cass., S. U., n. 30254/2008, cit., ai punti nn. 10.2 e 12.1 della motivazione.
- <sup>18</sup> Come si legge in Cass., S. U., 9.10.2008, n. 24883, in *Foro it.*, 2009, I: 806, sul giudicato implicito in tema di giurisdizione, punto n. 2.4 della motivazione.
- <sup>19</sup> Come recita C. cost., 12.3.2007 n. 77, in *Foro it.*, 2007, I: 1009, sulla *translatio iudicii*.
- <sup>20</sup> Cass., S. U., 6.3.2009, n. 5456, in *Foro it.*, 2009, I: 3047.
- <sup>21</sup> Cfr. ancora, sulla scia della nuova interpretazione dell'art. 37 c.p.c. sollecitata da Cass., S. U., n. 24883/2008, Cass., S. U., n. 5456/2009. Orientamento recepito, sul versante amministrativo, dall'art. 9 c.p.a. e ben compendiato da Cons. St., sez. VI, 26.3.2015, n. 1595. La trasversalità di simili chiavi interpretative della giurisdizione è attestata, con riferimento anche al processo tributario, da Cass., sez. V, 8.7.2015, n. 14243.
- <sup>22</sup> Come si legge nell'art. 44, co. 2, lett. b), n. 4, della legge delega 18.6.2009, n. 69, e come prevede ora l'art. 34, co. 1, c.p.a.
- <sup>23</sup> Cons. st., sez. V, ord. 17.7.2015, n. 3587, che rinvia la questione all'Adunanza Plenaria non condividendo il tradizionale punto di vista recepito invece da Cons. St., Ad. Pl., n. 2/2013.
- <sup>24</sup> C. cost., 27.5.1996, n. 171.
- <sup>25</sup> Cass., S. U., 15.6.2015, n. 12310, in *Foro it.*, 2015, I: 3174.
- <sup>26</sup> Cass., S. U., 12.12.2014, n. 26242, in *Foro it.*, 2015, I: 862.
- <sup>27</sup> La portata in chiave «contenutistica» di tale principio cardine dell'ordinamento costituzionale ed internazionale è sottolineata dalla nota decisione del caso CIR-Fininvest: Cass., sez. III, 17.9.2013, n. 21255, in *Riv. dir. proc.*, 2014: 26.
- <sup>28</sup> Con il limite della possibilità e della utilità del risultato avuto di mira da chi propone il rimedio, ben evidenziato dalla citata sentenza CIR-Fininvest.
- <sup>29</sup> Cass., S. U., n. 500/1999, cit. ai punti nn. 11 e 12 della motivazione.
- <sup>30</sup> C. cost., 6.7.2004, n. 204, in *Foro it.*, 2004, I: 2594, cit. al punto 3.4.1 della motivazione.
- <sup>31</sup> Tar Campania, Napoli, sez. I, 8.2.2001, n. 603, in *Urb. app.*, 2001: 666.
- <sup>32</sup> Tar Campania, Napoli, sez. I, 19.9.2001, n. 4485, in *Urb. app.*, 2001: 1349.
- <sup>33</sup> Tar Campania, Napoli, sez. I, 29.5.2002, n. 3177, in *Urb. app.*, 2002: 1212. Cfr. anche Cons. St., sez. IV, 27.10.2003, n. 6666, in *Foro it.*, 2004, III: 1. La decisione, dopo avere preso le distanze dalla tesi tradizionale dell'annullabilità relativa del contratto in quanto ritenuta «preclusiva di ogni utilità dell'annullamento dell'aggiudicazione [...] che non sia legata alla possibilità di richiedere il risarcimento del danno per equivalente», opina che dalle riforme del 1998-2000 sia desumibile l'intento di «collegare alla tradizionale tutela di annullamento una tutela più intensa ed effettiva della situazione giuridica fatta valere, realizzata attraverso il ripristino, ove possibile, della situazione giuridica e materiale alterata dall'attività illegittima dell'amministrazione».
- <sup>34</sup> Cons. St., sez. VI, 5.5.2003, n. 2332, in *Urb. app.*, 2003: 918.
- <sup>35</sup> Cass., S. U., n. 30254/2008, cit. punto n. 12.2 della motivazione.
- <sup>36</sup> Parte della giurisprudenza amministrativa ha ritenuto di poter ricavare simili affermazioni dai principi costituzionali. Per esempio, Cons. St., sez. IV, 29.4.2002, n. 2280, in *Foro amm., C.d.S.*, 2002: 897, ha sostenuto che la «effettività della tutela del cittadino nei confronti dell'attività provvedimento o materiale della pubblica amministrazione, predicata a livello

- costituzionale dagli articoli 24 e 113, impone di non considerare la tutela restitutiva o ripristinatoria come eventuale o eccezionale, limitata ad ipotesi residuale, ed anzi spinge a ritenere che proprio la tutela risarcitoria patrimoniale deve essere considerata sussidiaria rispetto alla prima, con la conseguenza che essa deve considerarsi praticabile solo quando quella restitutiva non possa essere conseguita con successo». Altre volte si è richiamato il «doveroso contemperamento dei principi di civiltà giuridica conseguenti al riconoscimento della risarcibilità della lesione degli interessi legittimi con quelli di doverosa tutela degli interessi anche patrimoniali dell'amministrazione» (Cons. St., sez. IV, 22.3.2001, n. 1684, in *Foro amm.*, 2001: 400); o si è fatto appello ai principi di coerenza dell'ordinamento e di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico. Simili prospettazioni hanno alimentato una linea di pensiero che è giunta almeno fino a Cons. St., Ad. Pl., n. 12/2007, cit., ed è stata avallata anche da C. cost., 24.10.2008, n. 351, in *Foro it.*, 2009, I: 606, che, con riferimento alle conseguenze della risoluzione del rapporto lavorativo dei dirigenti pubblici, ha osservato che forme di riparazione economica come il risarcimento del danno o il pagamento di indennità «non possono rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi», in quanto non attenuano «in alcun modo il pregiudizio [...] arrecato all'interesse collettivo all'imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione. Tale pregiudizio, anzi, appare in certa misura aggravato, dal momento che [...] la collettività subisce anche un aggiuntivo costo finanziario» (punto n. 2 della motivazione).
- <sup>37</sup> Cons. St., sez. VI, 9.3.2011, n. 1488, in *Foro amm.*, C.d.S., 2011: 952.
- <sup>38</sup> Come nel caso deciso da Cons. St., sez. VI, 10.5.2011 n. 2755, in *Urb. app.*, 2011: 927.
- <sup>39</sup> Cons. St., Ad. Pl., 13.4.2015 n. 4, in *Foro it.*, 2015, III: 266. L'ordinanza di rimessione, evocando «il principio di proporzionalità [...] che deve sempre caratterizzare la soluzione del caso concreto [...] anche in sede giurisdizionale», nonché «ragioni di equità e giustizia» ed «il danno sociale» derivante da un annullamento disposto automaticamente, e pure ammettendo che il decorso del tempo «non può essere considerato di per sé un elemento ostativo all'annullamento dell'atto illegittimo e all'affermazione del principio per cui chi ha proposto un ricorso fondato ha titolo alla pronuncia favorevole», ipotizzava che «il giudice amministrativo – quando si tratti di questioni che riguardino persone fisiche e le loro attività lavorative – non può non farsi carico delle conseguenze delle proprie pronunce», così giungendo ad ipotizzare che l'art. 34, co. 3, c.p.a. «non sembra ostacolare una pronuncia [...] che [...] si limiti ad affermare l'illegittimità dell'atto impugnato, senza disporre l'annullamento, anche se il ricorrente non abbia esplicitato una domanda risarcitoria, quando – dall'esame della complessiva situazione venutasi a verificare – il giudice ritenga che l'annullamento medesimo – lungi dal dare una vera e piena tutela al ricorrente – in realtà non sia altro che una fonte di danno sproporzionato per controinteressati che non abbiano determinato l'illegittimità degli atti» (Cons. St., sez. V, 22.1.2015, n. 284).
- <sup>40</sup> Contenuta nella citata decisione Ad. Pl., n. 4/2015, punto n. 4 della motivazione.
- <sup>41</sup> Non sarà inutile ricordare che Cass., S. U., n. 500/1999, nei passaggi finali della motivazione (al punto n. 12), aveva incidentalmente e con riserva di ulteriore approfondimento della questione non appena se ne fosse ripresentata l'occasione, osservato che la concentrazione davanti al giudice amministrativo della giurisdizione piena (di annullamento e di risarcimento) nelle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva poteva dirsi compensata, fuori da quelle materie (come per le controversie di lavoro) dall'accertamento diretto da parte del giudice ordinario dell'illegittimità dell'atto amministrativo quale elemento costitutivo della fattispecie dell'illecito civile, «così realizzandosi anche su tale versante una sorta di concentrazione di tutela».
- <sup>42</sup> Così ancora Cass., S. U., n. 12310/2015, punto n. 4 della motivazione.
- <sup>43</sup> C. eur. dir. uomo, 23.6.1981, *Le Compte, Van Leuven and De Meyer v. Belgium*, par. 61.
- <sup>44</sup> «Point by point, without ever having to decline jurisdiction when replying to them or ascertaining various facts» come sostenuto da C. eur. dir. uomo, I, 17.4.2012, *Steininger v. Austria*, par. 50.

- <sup>45</sup> C. eur. dir. uomo, II, 13.2.2003, *Chevol v. France*, par. 83.
- <sup>46</sup> C. eur. dir. uomo, 4.3.2014, *Grande Stevens et Autres c. Italie*, par. 155. Con riferimento ai procedimenti sanzionatori, il Consiglio di Stato ha fatto eco al giudice di Strasburgo, ribadendo che «la piena giurisdizione implica il potere del giudice di condurre un'analisi *point by point* su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini dell'applicazione della sanzione, senza ritenersi vincolato all'accertamento compiuto dagli organi amministrativi e anzi dovendo sostituire la sua valutazione a quella, contestata, dell'amministrazione» (Cons. St., sez. VI, 26.3.2015, nn. 1595 e 1596, punto n. 18 della motivazione).
- <sup>47</sup> Come quelle che a partire dalla fine degli anni '30 del Novecento furono alla base della edificazione dell'idea gianniniana di discrezionalità, quale cifra distintiva di un potere autonomo per sostenere la multifinalità dello Stato.
- <sup>48</sup> Come invita a fare, parlando di un cammino ormai aperto dalla spinta evolutiva dell'ordinamento europeo ed «improntato al rispetto di due principi fondamentali: della pienezza della tutela giurisdizionale [...] e dei limiti di proporzionalità, finalizzati a restringere l'area del merito amministrativo, insindacabile», Cass., S. U., 16.1.2014, n. 774.
- <sup>49</sup> Equazione sbrigativamente sviluppata, sulla base del tenore dell'art. 21 *bis* della l. TAR introdotto dalla l. n. 205/2000, da Cons. St., Ad. Pl., 9.1.2002, n. 1.
- <sup>50</sup> Cons. St., sez. IV, 23.2.2012, n. 985, evidenziando come la valenza sostanziale di un processo che guarda non all'evento storico ed episodico della scadenza del termine a provvedere ma al «complessivo rapporto» imponga di piegare «il rito alle esigenze della tutela e non viceversa». Con la precisazione, però, dovuta alla necessità di evitare ogni forma di abuso del processo a fini preventivi o sollecitatori, che ciò vale nel caso in cui il ricorrente abbia proposto l'azione nell'erronea convinzione dello spirare di un termine che poi si dimostri più lungo nel corso del giudizio, non essendovi ragione «per negare la richiesta tutela ove nel frattempo il diverso termine sia comunque spirato senza che l'amministrazione abbia provveduto, atteso che l'inadempimento è oggettivamente esistente al momento della decisione ed al contempo soddisfa la condizione dell'azione *ab origine* carente». Già Cons. St., Ad. Pl., 29.7.2011, n. 15, seppure nell'ambito della tentata qualificazione dell'inerzia in ordine all'esercizio dei poteri inibitori delle attività oggetto di Scia (art. 19, co. 3, l. n. 241/1990) in termini di silenzio-diniego, come tale impugnabile con l'azione di annullamento, aveva peraltro sostenuto che «la scadenza del termine di conclusione del procedimento è un fatto costitutivo integrante una condizione dell'azione che, ai sensi del disposto dell'art. 34, comma 2, cit., deve esistere al momento della decisione».
- <sup>51</sup> Cons. St., sez. V, 20.4.2012, n. 2337; TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 5.3.2013, n. 507, con la precisazione che, in tale caso, il privato si assume anche il rischio (in senso migliorativo ma anche peggiorativo) della sopravvenienza di nuove circostanze di fatto e di diritto.
- <sup>52</sup> Ciò che conta essendo «l'effetto preclusivo del successivo sviluppo del procedimento», come sostenuto da Cons. St., sez. VI, 9.6.2005, n. 3043; Cons. St., sez. V, 2.10.2000, n. 5224.
- <sup>53</sup> Cons. St., sez. IV, 28.3.2012, n. 1829, che indica anche l'eccezione nei casi in cui l'amministrazione procedente: a) non avanzi oltre nel procedimento, non provvedendo sull'istanza di parte; b) comunichi all'interessato l'atto vincolante contrario, con ciò manifestando la volontà di farne proprio il contenuto.
- <sup>54</sup> Problema assai dibattuto all'indomani della mancata riproduzione nel codice del 2010 dell'art. 26, co. 2, l. TAR che imponeva, in caso di accoglimento del vizio di incompetenza, la rimessione dell'affare all'autorità competente. Si vedano, i seguenti indirizzi interpretativi: a) contrari all'assorbimento, per varie ragioni declinate in termini di semplificazione e concentrazione delle tutele, oltre che di giustizia sostanziale, TAR Lombardia, Milano, sez. III, 13.5.2011, n. 1233; TAR Toscana, sez. II, 16.6.2011, n. 1076; TAR Liguria, sez. II, 27.4.2012, n. 609; nonché TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 21.3.2013, n. 300, che esclude problemi di corretta instaurazione del contraddittorio per lo meno nei casi di incompetenza di tipo 'infrasogettivo', cioè tra uffici appartenenti al medesimo ente pubblico già ritual-

mente evocato in giudizio; b) favorevoli all'assorbimento, per salvaguardare il contraddittorio rispetto all'autorità ritenuta competente e non 'pregiudicare' i contenuti di un'attività di amministrazione attiva ancora non svolta da parte della medesima, TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 7.11.2012, n. 4443; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 14.9.2012, n. 1873; Cons. Giust. Amm., sede giur., 6.3.2012, n. 273; TAR Lazio, sez. II, 4.6.2012, n. 5017.

<sup>55</sup> Così Cons. St., Ad. Pl., n. 5/2015, cit., punto n. 8.3.2 della motivazione.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> Quali quelli, per esempio, riguardanti: il corretto governo ed utilizzo del territorio, la tutela ambientale, la tutela dei consumatori, l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici, la concorrenza e la regolazione economica, l'esercizio delle prerogative elettorali, il rispetto della parità di genere. Con riferimento specifico a tale ultima tematica, ma con notazioni che assumono portata più generale, Cons. St., sez. V, 23.6.2014, n. 3144, ha osservato che «attualmente il problema è quello di rendere giustiziabili posizioni giuridiche sempre più standardizzate e sempre meno connotate di "individualismo" (almeno in riferimento al profilo del pregiudizio subito), ampliando nei limiti del possibile i confini dell'azione processuale ed estendendola, se non a tutti i cittadini, ad una pluralità di soggetti accomunati da un'identica situazione di danno (la classe), o identificati dall'appartenenza ad un particolare contesto ambientale (es. lo stesso mercato) o fisico/spaziale (es. la vicinanza a un bene ambientale compromesso o, nel caso di specie, il sesso), confermando una tendenza all'allargamento delle situazioni giuridiche giustiziabili sotto il profilo della legittimazione ad agire».

<sup>58</sup> Cons. St., sez. V, 9.6.1970, n. 523, in *Giur. it.*, 1970, III: 193. La tecnica di selezione ivi declinata in termini di 'insediamento abitativo' del proprietario frontista è stata progressivamente estesa fino a comprendere qualunque forma di "durevole rapporto" con la zona interessata, alla stregua di un giudizio elastico che tenga conto «della natura e delle dimensioni dell'opera [...], della sua destinazione, delle sue implicazioni urbanistiche e anche della conseguenze prodotte [...] sulla qualità della vita di coloro che per residenza, attività lavorativa e simili» frequentano la zona (Cons. St., sez. V, 20.2.2009, n. 1032, in materia di apertura di un centro commerciale).

<sup>59</sup> In tal senso si orienta una parte della giurisprudenza di primo grado, incline a sostenere che «il criterio della *vicinitas*, sebbene costituisca indizio inequivocabile dello stabile collegamento con la zona interessata dall'edificazione, così da differenziare la posizione del terzo, deve essere integrato ed interpretato in modo tale da porre in evidenza l'ulteriore profilo che deve caratterizzare la posizione legittimante, ossia la dimostrazione del pregiudizio derivante a carico del terzo, costituito dall'incidenza negativa che il progetto assentito potrà avere sul bene di proprietà o in godimento del vicino, così da comprometterne la fruizione o il valore» (TAR Veneto, sez. II, 16.1.2013, n. 15). Anche il Consiglio di Stato richiama talvolta «la necessità che per i vicini si verifichi uno specifico *vulnus* alla loro sfera giuridica *sub specie* della sussistenza di un detrimento economico-patrimoniale», la cui verifica «va effettuata alla stregua di un giudizio che tenga conto della natura e delle dimensioni dell'opera in progettazione, della sua destinazione, delle sue implicazioni urbanistiche, e delle conseguenze prodotte da nuovo insediamento sulla qualità della vita di coloro che per residenza sono in durevole rapporto con l'area interessata» (Cons. St., sez. IV, 13.11.2012, n. 5715). Nella stessa giurisprudenza di secondo grado, peraltro, oltre ad indirizzi inclini a ritenere in via generale «non [...] necessaria la prova di un danno specifico, in quanto il danno a tutti i membri di quella collettività è insito nella violazione edilizia» (Cons. St., sez. III, 17.11.2015, n. 5257), si rinviene altresì il tentativo di distinguere, ai fini della legittimazione ad impugnare un titolo edilizio, la posizione del proprietario confinante, per il quale si ritiene sufficiente la semplice *vicinitas*, giudicando *in re ipsa* la sussistenza di un pregiudizio specifico, in quanto conseguente «necessariamente dalla maggiore tropizzazione (traffico, rumore) dalla minore qualità panoramica, ambientale, paesaggistica e dalla possibile diminuzione di valore dell'immobile», rispetto a quella del proprietario non confinante che non può fare a meno della dimostrazione di una

lesione concreta, attuale ed immediata (Cons. St., sez. IV, 19.11.2015, n. 5278, punti 3.1 sgg. della motivazione, ove si precisa ulteriormente che, per l'operatore economico che impugni una autorizzazione commerciale, il criterio dello stabile collegamento territoriale debba essere riguardato «in un'ottica più ampia rispetto a quella usuale [...] identificandosi nella nozione di stesso bacino d'utenza della concorrente»).

<sup>60</sup> Cons. St., sez. V, 28.7.2015, n. 3711, che (al punto n. 13 della motivazione) evidenzia «preoccupazioni consistenti nei rischi di vanificare la tutela giurisdizionale [...] laddove si addossasse ai ricorrenti un onere probatorio particolarmente eccessivo ed irragionevole».

<sup>61</sup> Anche in ragione della ormai pacifica compenetrazione, emergente già a livello pianificatorio (Cons. St., sez. IV, 1.9.2015, n. 4079; 22.12.2014, n. 6290), delle problematiche ambientali ed urbanistiche (Cons. St., sez. V, n. 3711/2015; Cons. St., sez. IV, 19.2.2015, n. 839; 9.1.2014, n. 36). Analogo intreccio tra interessi urbanistici ed economici conduce la giurisprudenza in materia di impugnazione dei relativi titoli (quello edilizio essendo riconosciuto come presupposto ed autonomo rispetto a quello commerciale) a ragionare in termini di 'bacino commerciale' (Cons. St., sez. IV, 3.9.2014, n. 4480), al fine di ritenere rilevante la posizione del ricorrente che si rapporti «all'interesse ad un regolare svolgimento della concorrenza, tale da non ledere illegittimamente la posizione di un altro operatore nel proprio settore di mercato» (Cons. St., sez. IV, 19.3.2015, n. 1444).

<sup>62</sup> Si allude all'art. 21 *bis* della l. 10.10.1990, n. 287, introdotto dall'art. 35 d.l. 6.12.2011, n. 201, convertito in l. 22.12.2011, n. 214, che legittima l'Autorità garante della concorrenza e del mercato a ricorrere contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

<sup>63</sup> Cons. St., sez. V, 30.4.2014, n. 2246, sulla scia anche di C. cost., 14.2.2013, n. 20.

<sup>64</sup> Ma anche della legislazione: si veda, per esempio, l'art. 204 del d.lgs. 18.4.2016, n. 50, che ha introdotto il comma 2 *bis* dell'art. 120 c.p.a., a norma del quale «il provvedimento che determina le espulsioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa [...] va impugnato nel termine di trenta giorni [...]. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale». Secondo il Consiglio di Stato (parere reso dall'Adunanza della Comm. Speciale del 21.3.2016, n. 855/2016 del 1.4.2016), peraltro favorevole ad introdurre una legittimazione generale ad agire dell'Anac contro i bandi, gli atti generali ed i provvedimenti adottati in violazione della normativa in materia di contratti pubblici sulla falsariga del veduto art. 21 *bis* della l. n. 287/1990, la *ratio* del nuovo rito è volta «a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione».

<sup>65</sup> Cons. St., Ad. Pl., 29.1.2003, n. 1, lega l'immediata impugnabilità delle «clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione» alla circostanza che esse sono «esattamente e storicamente determinate, preesistenti alla gara stessa, e non condizionate dal suo svolgimento e, perciò, in condizioni di ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara». Il tentativo di superare tale indirizzo (già operato da Cons. St., sez. VI, con le ordinanze 18.1.2011, n. 351, e 8.5.2012, n. 2633, e non accolto per difetto di rilevanza dalle Adunanze Plenarie 7.4.2011, n. 4, e 31.7.2012, n. 31) è stato di recente riproposto da Cons. St., sez. VI, ord. 1.2.2013, n. 634, valorizzando esigenze evolutive sottese: a) alla volontà deflattiva del contenzioso; b) ai principi di buona fede e affidamento, che dovrebbero implicare che le imprese «tenute a partecipare alla gara con attenta disamina delle prescrizioni del bando, fossero [...] obbligate a segnalare tempestivamente, tramite impugnazione del bando stesso, eventuali cause di invalidità della procedura di gara così come predisposta»; c) alla efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, con conseguente «massima possibile limitazione di ogni margine di incertezza giuridica, sul piano sostanziale o procedurale». Anche tale sollecitazione non è stata però colta dall'Adunanza Plenaria, 22.4.2013, n. 8, in ragione della rilevata legittimità della clausola del bando contestata.

- <sup>66</sup> Come precisa e ricorda Cons. St., Ad. Pl., n. 4/2011, punto 39 della motivazione.
- <sup>67</sup> Cons. St., sez. IV, 9.5.2013, n. 2511.
- <sup>68</sup> Come chiarito a fare data dall'importante decisione Cons. St., sez. VI, 9.4.1999, n. 601, in *Foro it.*, 2001, III: 9.
- <sup>69</sup> Cass., S. U., 8.3.2012, n. 3622. Evidente è l'eco di una linea di pensiero fortemente critica verso un sindacato di non condivisibilità delle valutazioni che è palesata da Cass., S. U., 17.2.2012, n. 2312 ed anche da Cass., S. U., 20.1.2014, n. 1013. Nello stesso senso limita il sindacato delle valutazioni opinabili di fatti alle figure sintomatiche di eccesso di potere, «senza che sia necessario effettuare un confronto tra l'interesse pubblico tipico e l'interesse concreto perseguito dall'amministrazione», Cons. St., sez. VI, 14.8.2013, n. 4174, in *Foro it.*, 2014, III: 173.
- <sup>70</sup> Come induce a fare Cons. St., sez. VI, 2.3.2004, n. 926, che, in materia di sanzioni Antitrust, suggerisce di ragionare «in una prospettiva di armonizzazione con il sistema comunitario», raffrontando «non gli istituti o le terminologie giuridiche (sindacato “debole” o “forte”), ma [...] i modi attraverso cui i problemi vengono risolti».
- <sup>71</sup> Cons. Giust. Amm., sede giur., 15.9.2014, n. 541.
- <sup>72</sup> Cons. St., sez. IV, 7.4.2014, n. 1625, punto n. 4.5 della motivazione.
- <sup>73</sup> Cons. St., sez. IV, 22.1.2013, n. 356.
- <sup>74</sup> Cons. St., Ad. Pl., n. 2/2013, punto n. 5 della motivazione.
- <sup>75</sup> Cons. St., sez. IV, n. 1625/2014.
- <sup>76</sup> *Ibidem*, punto n. 6.2.4 della motivazione.
- <sup>77</sup> Ad. Pl., n. 2/2013.
- <sup>78</sup> Cons. St., sez. IV, 31.3.2015, n. 1686, punto n. 4.1 della motivazione, ove peraltro si precisa che tale regola non toglie rilevanza ai fatti sopravvenuti, la sede della cui considerazione tuttavia «non è quella del procedimento già concluso e doppiamente valutato dal giudice amministrativo, ma quella di un eventuale nuovo e diverso *iter*, fondato su presupposti o modalità autonome».
- <sup>79</sup> Significativamente censurati, a livello metodologico, da Cass., S. U., n. 12310/2015 (punto n. 3 della motivazione), che – ragionando, come già detto, sul regime della domanda nel processo civile ex art. 183 c.p.c. – invita a «resettare le pre-cognizioni in materia e sgombrare il campo di analisi da preconcetti e suggestioni - linguistiche prima ancora che giuridiche – soprattutto con riguardo ad espressioni sfuggenti ed abusate che hanno finito per divenire dei “mantra” ripetuti all'infinito senza una preventiva ricognizione e condivisione di significato».
- <sup>80</sup> Cons. St., Ad. Pl., nn. 3 e 15 del 2011. Si consideri altresì Cons. St., Ad. Pl., 20.7.2012, n. 28, che, nell'affermare l'ammissibilità – in sede di giurisdizione esclusiva – dell'azione ex art. 2932 c.c. per l'attuazione degli obblighi di urbanizzazione oggetto di una convenzione urbanistica, ha sostenuto: «la tesi di una eventuale “tipicità” delle azioni proponibili nel processo amministrativo [...] sarebbe in stridente ed inammissibile contrasto, oltre che con i fondamentali principi di pienezza ed effettività della tutela, ex art. 1 c.p.a., con la stessa previsione dell'art. 24 della Costituzione». Nel rigettare il ricorso per motivi di giurisdizione avverso detta decisione, Cass., S. U., 9.3.2015, n. 4683, ha chiosato: «l'effettività della garanzia giurisdizionale può essere assicurata soltanto con l'aticipità delle forme di tutela. Ove le azioni tipizzate, idonee a conseguire situazioni dichiarative, di condanna e costitutive, non soddisfino in modo efficiente il bisogno di tutela, deve essere proponibile ogni altra azione che assicuri tale, sulla base dei principi costituzionali richiamati dall'art. 1 c.p.a., oltre che dai criteri di delega di cui all'art. 44 della l. n. 69/2009».
- <sup>81</sup> Cons. St., Ad. Pl., n. 5/2015, punti n. 6.1.1 e 6.3 della motivazione.
- <sup>82</sup> Cass., S. U., n. 26242/2014, punto n. 4.8 della motivazione, con una scelta di metodo che valorizza il ruolo funzionale della giurisdizione impedendo che il processo possa operare un'astrazione dal rapporto e la disarticolazione e deformazione della realtà sostanziale.

- <sup>83</sup> Cons. St., sez. IV, n. 36/2014, n. 9 della motivazione, ove si precisa che il giudice «deve sempre dare prevalenza ad interpretazioni che consentano la conservazione dell'atto secondo lo scopo per il quale esso, nella prospettazione attore e/o ricorrente, era stato proposto, in coerenza con il tipo di azione esercitata»; così assicurando non il risultato utile invocato dalla parte che agisce in giudizio ma «il diritto della stessa a ricevere una pronuncia di merito».
- <sup>84</sup> Cons. St., sez. IV, n. 36/2014, punto n. 9 della motivazione.
- <sup>85</sup> Cioè di esigenze di economia processuali (come sembra sostenere Cons. St., sez. III, 17.8.2011, n. 4792, in materia di motivi aggiunti), sottese soprattutto alle ipotesi di cumulo di domande soggettivamente connesse, ancora non consentite nel processo amministrativo.
- <sup>86</sup> Cons. St., sez. IV, n. 36/2014, ove si precisa ulteriormente: «in modo non diverso dal diritto soggettivo, anche l'interesse legittimo si propone con un lato esterno – inerenza tra soggetto e bene/*utilitas* che ne costituisce il fondamento – ed un lato esterno, caratterizzato dal “rapporto giuridico” intercorrente con un soggetto “altro”. Con la particolarità che tale rapporto «si caratterizza, da un lato, per la identità/unicità della posizione di interesse legittimo leso; dall'altro lato, per la pluralità dei poteri amministrativi esercitati, e teleologicamente orientati alla realizzazione/tutela di un solo, più ampio e complessivo, interesse pubblico ovvero di più interessi pubblici, che richiedono, in modo convergente e sincronico, il sacrificio oppure il mancato ampliamento dell'interesse legittimo considerato (ove tali poteri siano legittimamente esercitati), ovvero che provocano una illegittima compressione o mancato ampliamento dell'interesse legittimo, se il relativo esercizio di potere risulta affetto da vizi di legittimità».
- <sup>87</sup> Cons. St., Ad. Pl., n. 5/2015, punto n. 7.3 della motivazione.
- <sup>88</sup> Contrapponendosi ad un indirizzo più risalente (ben sintetizzato da Cons. St., sez. V, 6.4.2009, n. 2143), favorevole a seguire l'ordine logico delle censure per assecondare quelle evidenzianti una più radicale illegittimità del provvedimento in funzione della massima latitudine della funzione correttiva del procedimento, un orientamento più recente incline a dare «rilievo al risultato maggiormente satisfattivo per l'interesse del ricorrente piuttosto che per l'interesse pubblico» (come notato da Cons. St., sez. VI, ord. 11.2.2013, n. 761, in sede di una prima rimessione della questione all'Adunanza Plenaria). La più aggiornata ricostruzione degli indirizzi in parola è stata operata dalla ordinanza Cons. St., sez. V, 22.12.2014, n. 6204.
- <sup>89</sup> Cons. St., Ad. Pl., n. 5/2915, punto n. 8 della motivazione, ove si reputa pertanto «definitivamente superato il tradizionale e più risalente orientamento giurisprudenziale – maggiormente preoccupato di assicurare una coerente tutela all'interesse pubblico [...] – secondo cui spetta sempre e comunque al giudice amministrativo individuare l'ordine di esame dei motivi dedotti dal ricorrente, sulla base della loro consistenza oggettiva [...] non alterabile dalla mera richiesta della parte». Il criterio della radicalità del vizio torna ad essere preferito a quello del massimo soddisfacimento dell'interesse della parte, oltre che nella veduta ipotesi dell'incompetenza, anche in assenza di una espressa graduazione riemergendo in tali casi l'interesse dell'intera collettività ad una corretta gestione della cosa pubblica.
- <sup>90</sup> *Ibidem*, punto n. 9.3.4.1 della motivazione.
- <sup>91</sup> Si segnala in tal senso la prassi del TAR Lombardia di prevedere l'assegnazione dei ricorsi da parte dei presidenti di sezione ad un magistrato con il compito di far emergere i fatti sottesi alla controversia e di fissare un'udienza ad hoc per l'ammissione di mezzi di prova a servizio della definizione nel merito dei singoli giudizi (cfr. la *Relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2014* del Presidente Francesco Mariuzzo, Milano, 28 febbraio 2014 e la *Relazione 2015*, Milano, 27 febbraio 2015).
- <sup>92</sup> Cons. St., Ad. Pl., 20.11.2014, n. 32, ha precisato che tale disposizione normativa rappresenta la «consacrazione in norme di diritto positivo della acquisizione dottrinarie e giurisprudenziale che ha qualificato il modello processuale proprio del giudizio amministrativo come dispositivo con metodo acquisitivo [...] generato dall'esigenza di correggere l'istituzionale disuguaglianza tra le parti al di fuori del processo».

- <sup>93</sup> TAR Lombardia, Brescia, sez. II, ord. 3.7.2014, n. 452; TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 30.7.2014, n. 889.
- <sup>94</sup> TAR Campania, Napoli, sez. II, 14.1.2015, n. 211. In tal senso, già Cons. St., sez. III, 23.2.2012, n. 1069, in base all'assunto che «i chiarimenti che a norma dell'art. 63 il giudice amministrativo può sempre chiedere alle parti, anche d'ufficio, possono essere assimilati all'interrogatorio libero, essendo del pari preordinati ad acquisire elementi indiziari delle risposte o delle mancate risposte delle stesse, anche al fine di valutare il comportamento processuale delle parti, ed il fatto che tali chiarimenti siano generalmente resi in forma scritta risponde ad una prassi inveterata, ma non rappresenta una modalità obbligatoria».
- <sup>95</sup> Cons. St., Ad. Pl., n. 32/2014, punto n. 6.2 della motivazione, ove peraltro si chiarisce che in tema di pretesa illegittimità delle operazioni elettorali, non essendo consentito al giudice di pervenire ad un legittimo convincimento sulla sola base di una rappresentazione indiretta dei fatti, la testimonianza scritta non può appunto assolvere al ruolo che le sarebbe proprio di «mezzo di prova, sulla base del quale definire il giudizio sulla fondatezza della doglianza». In senso analogo, Cons. St., sez. V, 23.2.2015, n. 863. TAR Lombardia, Brescia, 25.6.2015, n. 1240, nel precisare i requisiti di ammissibilità della testimonianza (in un giudizio vertente su un diniego di permesso di soggiorno), ha indicato la necessità che essa appaia strettamente indispensabile in quanto esorbitante dal corredo motivazionale posto a fondamento dell'atto impugnato e non altrimenti acquisibile.
- <sup>96</sup> Cui talvolta si finisce per ricorrere anche allo scopo di chiarire un contrasto insorto tra due consulenze tecniche d'ufficio e tra le stesse e le risultanze di una consulenza di parte: cfr. Cons. St., sez. IV, 1.9.2015, n. 4085. Oppure per l'accertamento delle censure di legittimità sottoposte al vaglio del giudice (si veda per es. TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 21.4.2015, n. 701), benché si tratti di strumento istruttorio da impiegare per «acquisire desumibili direttamente dai documenti acquisiti al fascicolo di causa ovvero per coadiuvare il giudice nella valutazione degli elementi acquisiti o nella soluzione di questioni necessitanti specifiche conoscenze» (come notato da Cons. St., sez. V, 25.2.2016, n. 785).
- <sup>97</sup> Cons. St., sez. IV, 9.3.2011, n. 1514; Cons. St., sez. IV, 14.4.2010, n. 2099.
- <sup>98</sup> Cons. St., sez. IV, 8.1.2013, n. 31 e Cons. St., sez. III, 13.1.2014, n. 88, in tema di accertamento della dipendenza di una patologia da causa di servizio. Cons. St., sez. IV, 10.3.2014, n. 1085, in tema di valutazione dell'anomalia di un'offerta in sede di gara. Cons. St., sez. IV, 28.8.2015, n. 4024, ha ritenuto legittima la decisione del TAR di non disporre consulenza tecnica, dando così esclusiva rilevanza alle risultanze istruttorie del procedimento amministrativo, in assenza «di ogni elemento che revochi in dubbio la precisione dello strumento di misurazione e la correttezza della metodica di rilevamento» della altezza di una candidata al concorso per la ferma prolungata quadriennale nella Marina Militare. Cons. St., sez. IV, 29.4.2014, n. 2223, ha invece non necessaria la CTU in merito alla stima del valore di un immobile acquisito in proprietà dall'amministrazione, in quanto i giudizi relativi al valore economico, per la loro intrinseca opinabilità, possono giungere anche a conclusioni anche se divergenti comunque pienamente plausibili, perché comunque sono legate ad opinioni, ed inclinazioni, assolutamente soggettive. La opinabilità del giudizio valutativo, dunque, trattandosi di materia per sua natura non fondata «su paradigma di base incontestabile e provabile in base a canoni galileiani», sembra essere qui valorizzata in favore della rimessione della decisione alla comune conoscenza del giudice.
- <sup>99</sup> È il caso dell'esclusione della possibilità di ricorrere alla verifica o consulenza tecnica d'ufficio operata dall'art. 95, co. 2, del d.lgs. 16.11.2015, n. 180, in materia di impugnazione delle misure di gestione delle crisi bancarie.
- <sup>100</sup> TAR Liguria, sez. II, 24.1.2014, n. 137. Sulla distinzione in parola, si veda invece Cons. St., sez. IV, 17.9.2013, n. 4624.
- <sup>101</sup> Argomento circolare che, talvolta, è riferito anche allo speciale organo tecnico di natura amministrativa cui l'ordinamento affida il compito di esprimere giudizi di carattere tecnico

ed imparziale, allo scopo di ritenere non ammissibile la consulenza tecnica d'ufficio. Cons. St., sez. III, 6.8.2015, n. 3878, nel riassumere il consolidato orientamento della sezione sulla questione della dipendenza da causa di servizio delle patologie denunciate dai dipendenti pubblici, ha richiamato la speciale competenza tecnica, imparziale ed oggettiva sul piano medico-legale, del Comitato di verifica per le cause di servizio (C.V.C.S.) e ha citato per la sua asserita persuasività un passaggio della decisione 16.6.2015, n. 3038, del seguente tenore: «il parere del C.V.C.S. non è un mero atto interno della p.a., ma è la decisione di un organo pubblico collegiale di rilevanza esterna, al quale l'ordinamento attribuisce il compito di pronunciarsi in via definitiva e con competenza esclusiva su determinate questioni tecnico-discrezionali. Ciò naturalmente non comporta che le sue decisioni siano insindacabili in senso assoluto; ma sono sindacabili solo a condizione che chi ricorre dimostri positivamente che esse siano affette da vizi rilevanti sul piano della legittimità (travisamento dei fatti, manifesta illogicità, palese incongruità della motivazione, e simili). Non è invece consentito che una delibera del C.V.C.S. venga puramente e semplicemente disattesa – *tamquam non esset* – solo perché un consulente tecnico d'ufficio abbia espresso una opinione difforme».

<sup>102</sup> Cons. St., sez. V, 2.3.2009, n. 1162; Cons. St., sez. V, 8.11.2012, n. 5686; fino a Cons. St., sez. III, 10.4.2015, n. 1839.

<sup>103</sup> Si allude al dovere di sinteticità sancito dall'art. 3, co. 2, c.p.a. e ritenuto da Cons. St., sez. III, 12.6.2015, n. 2900, «concetto di relazione che esprime una corretta proporzione tra due grandezze, la mole, da un lato, delle questioni da esaminare e, dall'altro, la consistenza dell'atto – ricorso, memoria o, infine, sentenza – chiamato ad esaminarle».

<sup>104</sup> Cass., S. U., 16.1.2015, n. 642.

<sup>105</sup> In *Foro it.*, 2009, V: 1.

<sup>106</sup> Si tratta del d.l. 12.9.2014, n. 132, recante *Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*. In sede di conversione del d.l. 27.6.2015, n. 83, recante *Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria*, sono stati introdotti anche incentivi fiscali (sotto forma di crediti di imposta) in favore delle parti che ricorrono alle procedure arbitrali e di negoziazione assistita (art. 21 *bis* introdotto dalla l. 6.8.2015, n. 132). Simili iniziative legislative originano dal rilievo secondo cui la modernizzazione dell'ordinamento giuridico passa «dalla rimozione delle criticità – in chiave, tra l'altro, di rapidità delle decisioni, di effettività della loro attuazione anche coattiva, di certezza del diritto in senso lato – che concorrono a scoraggiare gli investimenti ed a deprimere il tasso di competitività del c.d. “sistema Italia”», finendo per concorrere «al più ampio processo di riscrittura dei rapporti tra diritto ed economia» (così si esprime il c.s.m., nella delibera consiliare 16.7.2015, recante parere e proposta al Ministro della Giustizia sul procedimento di conversione del d.l. n. 83/2015).

<sup>107</sup> Si veda il decreto del Presidente del Consiglio di Stato 25.5.2015, n. 40, recante la disciplina sperimentale della dimensione e degli scritti difensivi nei giudizi in materia di appalti, con l'obiettivo (indicato nella Relazione illustrativa) di «comporre le esigenze di particolare sinteticità degli atti [...] con quella del rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale». Anche per i riti ordinari, comunque, è ormai invalsa la prassi del richiamo da parte del Presidente del Consiglio di Stato (sin dalla nota de Lise del 20.12.2010) e dei vari Presidenti dei TAR al rispetto del principio di chiarezza e sinteticità (con contenimento degli atti nel limite massimo di 25 pagine, come prescrive ad esempio l'avviso del Presidente del TAR Toscana 21.4.2015).

<sup>108</sup> Il T.R.G.A. Trento, con ordinanze 29.1.2014, n. 23, e 23.10.2014, n. 366 in *Giur. it.*, 2014: 2819, ha investito la Corte di giustizia UE della questione di compatibilità con la normativa europea sugli appalti e con i principi comunitari di proporzionalità, divieto di discriminazione ed effettività della tutela giurisdizionale, della normativa italiana sul contributo unificato che appare rivelatrice della «sproporzionata penalizzazione» dei ricorsi al giudice amministra-

tivo, oltre che di un «intento quasi intimidatorio» a non promuovere od insistere nell'azione ed a «non “disturbare” [...] il giudice». C. giust., sez. V, 6.10.2015, C-61/14, ha ritenuto infondata simile prospettazione, per un verso, concludendo che i tributi giudiziari da versare all'atto di proposizione di un ricorso in materia di appalti non lede né l'effetto utile della direttiva 89/665, né i principi di equivalenza e di effettività; per altro verso, approdando all'idea che anche la percezione di tributi multipli e cumulativi contribuisce al funzionamento dell'attività giurisdizionale e «dissuade l'introduzione di domande che siano manifestamente infondate o siano intese unicamente a ritardare il procedimento».

- <sup>109</sup> Gli elementi negativi di simile doppio binario processuale sono segnalati in occasione delle varie cerimonie di inaugurazione degli anni giudiziari. Si vedano, a titolo di esempio e per riferimenti recenti, *Cerimonia di inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2014*, del Presidente del Consiglio di Stato Giorgio Giovannini, Roma, 31 gennaio 2014, par. 1; *Cerimonia di inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2014*, del Presidente del Consiglio di Stato Giorgio Giovannini, Roma, 5 febbraio 2015, ove si evidenzia come i giudizi in tema di appalti, a partire dal 2010, siano definiti in media «in primo grado in nove/dieci mesi e, in appello, in sette/otto mesi», a fronte di un quadro non «altrettanto positivo per i processi a rito ordinario» sulla cui durata continua a pesare l'entità dell'arretrato accumulato. Non meno chiaro è il messaggio lanciato dal Presidente del Tar Lazio Luigi Tosti, *Inaugurazione Anno Giudiziario 2015*, Roma, 26 febbraio 2015: «il privilegio dato materia di rilevante impatto per la collettività comporta di riflesso [...] un rinvio nella soluzione di questioni che, quand'anche ritenute di minore spessore nell'interesse generale, rivestono tuttavia per il soggetto proponente un particolare significato [...]. Devo di conseguenza ritenersi non infrequenti i casi di abbandono di controversie non solo e non tanto per un sopravvenuto venir meno dell'interesse, quanto piuttosto per una dolorosa constatazione dell'inutilità del ricorso ad una giustizia lenta e costosa. Dal che discende, in un numero sempre più frequente di casi, la scelta [...] di optare per un recupero delle spese sostenute a mezzo dello strumento del risarcimento del danno da ritardo».
- <sup>110</sup> Cons. St., Ad. Pl., 30.7.2014, n. 16. Si veda altresì Autorità Nazionale Anticorruzione, Vigilanza contratti pubblici, determinazione 8.1.2015, n. 1.
- <sup>111</sup> Così Cass., S. U., n. 26242/2014, richiamando la precedente Cass., S. U., n. 21255/2013.
- <sup>112</sup> *Ibidem*, punto n. 4.7.1 della motivazione.
- <sup>113</sup> Così si esprime Cons. St., sez. V, ord. n. 6204/2014, al punto n. 15 della motivazione.
- <sup>114</sup> In tali termini si esprime, con riguardo alla veduta questione del carattere assorbente del vizio di incompetenza, Cons. St., Ad. Pl., n. 5/2015, al punto n. 8.3.2 della motivazione.
- <sup>115</sup> Dalla lettura incrociata delle relazioni di inaugurazione degli anni giudiziari 2014, 2015 e 2016 dei Presidenti del TAR Lazio e del Consiglio di Stato emerge che, rispetto alla riduzione dei ricorsi proposti in primo grado registrata nel 2011 e 2012, il 2013 è stato contrassegnato da una crescita da 60.654 a 64.492: crescita verificatasi soprattutto al TAR Lazio (+14,23%) e quasi interamente assorbita dalla materia dell'equa riparazione per ritardi nei giudizi (8,29%, pari a n. 1.094 ricorsi). Analogo sviluppo sembra registrarsi anche nel 2014: n. 74.484 ricorsi complessivi (+ 15%), con il numero più alto di controversie registrato a partire dal 2011 al TAR Lazio (+27,6%) generato, però, da un forte aumento dei ricorsi di ottemperanza alla legge Pinto (3.400). Il 2015 è, infine, l'anno della diminuzione complessiva dei ricorsi: 72.546, con una flessione complessiva nell'insieme dei TAR del 3,14%.
- <sup>116</sup> Si allude alla pratica inattuazione, prima, ed all'abrogazione poi (per effetto dell'art. 20 del d.l. n. 83/2015, convertito in l. n. 132/2015) dell'art. 18, co. 1, 1 *bis* e 2, d.l. n. 90/2014, che prevedeva la soppressione delle sezioni staccate di tribunale amministrativo regionale aventi sede in comuni che non sono sedi di Corte di appello, nelle more della rideterminazione della geografia giudiziaria ed in assenza di attuazione di un piano di riorganizzazione contenente misure di ammodernamento e razionalizzazione della spesa anche sulla base all'analisi dei fabbisogni, dei costi, del carico di lavoro e del grado di informatizzazione. Nella Relazione

di accompagnamento del disegno di legge di conversione del d.l. n. 83/2015 (A. C. n. 3201 presentato il 27.6.2015 alla Camera dei Deputati) si legge che l'apprezzamento degli elementi acquisiti a tali fini ha «orientato la valutazione governativa nel senso della opportunità di destinare alla riorganizzazione del settore tempi e percorsi più adeguati alla complessità del progetto rispetto a quanto previsto dalla normativa abrogata».

<sup>117</sup> Si tratta della delibera 18.1.2013, contenente *Disposizioni per assicurare la qualità, la tempestività e l'efficiamento della giustizia amministrativa*, che all'art. 3, co. 1, prevede che i magistrati assegnati alle sezioni giurisdizionali devono depositare in un anno solare «almeno 80 sentenze», limite che può essere superato solo dietro consenso del magistrato interessato e previo assenso del Consiglio di Presidenza e sempre che il «superamento dei livelli massimi prestabiliti non pregiudichi standard qualitativi adeguati» certificati dai responsabili dei singoli uffici giudiziari. Nel respingere il ricorso proposto avverso detta delibera da alcuni magistrati amministrativi con funzioni di Presidenti di TAR e di Sezione del Consiglio di Stato, sull'assunto che l'assegnazione delle cause e degli affari consultivi fosse riservata dall'ordinamento e dalla tradizione al prudente apprezzamento presidenziale, il TAR Lazio, I, 17.11.2014, n. 11511 ha ritenuto che la determinazione dei criteri di fissazione dei carichi di lavoro è problema che «non può essere ignorato, pena la recessività degli obiettivi di efficienza e di trasparenza della giurisdizione amministrativa», e che la relativa competenza spetta all'organo di autogoverno «che si confronta con i problemi sempre crescenti della quantità e della qualità delle decisioni giurisdizionali» (punto n. 5.3 della motivazione). L'analisi dei flussi riguardanti i carichi di lavoro negli anni 2011-2014 condotta da Giuseppe Conte evidenzia dati quantitativi che si sono attestati, nella realtà, ben al di sopra delle soglie prefigurate dalla citata delibera.

*Riferimenti bibliografici*

- Allena M. 2012, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Amato G. 2014, *Conclusioni. Il giudice amministrativo ieri e oggi*, in G. Pellegrino, A. Sterpa (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, Carocci, Roma: 401 sgg.
- Amorth A. 1983, *Osservazioni generali sull'attuale funzionamento dei Tribunali amministrativi regionali*, in *Riv. amm.*: 461 sgg.
- Andrioli V. 2007a, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella costituzione della Repubblica italiana* (ed. orig. 1954), ora in *Scritti giuridici, I, Teoria generale del processo. Processo civile*, Giuffrè, Milano: 3 sgg.
- 2007b, *Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248, ALL. E* (1965), ora in *Scritti giuridici, I, Teoria generale del processo. Processo civile*, Giuffrè, Milano: 140 sgg.
- Astuti G. 1966, *L'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*, Morano, Napoli.
- Bachelet V. 1966, *La giustizia amministrativa nella costituzione italiana*, Giuffrè, Milano.
- Battini S. 2013, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 47.
- Benvenuti F. 1953, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Cedam, Padova.
- 1969, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano, Excursus V*, in F. Benvenuti, G. Miglio (a cura di), *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Neri Pozza, Vicenza: 174 sgg.
- 1970, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, Milano: 589 sgg.
- Berti G. 1965, *La definitività negli atti amministrativi*, in *Arch. giur.*: 80 sgg.
- 1970, *Connessione e giudizio amministrativo*, Cedam, Padova.
- 1972, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 1861 sgg.
- 1987, *Sub art. 113*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione, IV, La magistratura*, Zanichelli, Bologna-Roma: 85 sgg.
- Bracci M. 1931, *La giurisdizione amministrativa con competenza esclusiva e l'atto amministrativo impugnabile*, Siena.
- 1941, *Le questioni e i conflitti di giurisdizione e di attribuzioni nel nuovo codice di procedure civile*, in *Riv. dir. proc.*: 165.
- Cacciavillani C. 2012, *La giurisdizione amministrativa*, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Giappichelli, Torino: 119 sgg.
- Cafagno M. 2008, *Efficienze ed inefficienze nei modelli di responsabilità della p.a.*, in *Dir. pubbl.*: 719 sgg.
- Calamandrei P. 1965, *La genesi logica della sentenza civile* (ed. orig. 1914), ora in M. Cappelletti (a cura di), *Opere giuridiche, I*, Morano, Napoli: 11 sgg.

- Calogero G. 1937, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Cedam, Padova.
- Cammeo F. 1911, *La nullità parziale degli atti amministrativi e le giurisdizioni di annullamento*, in *Giur. it.*, III: 23 sgg.
- Cannada Bartoli E. 1970, *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Giuffrè, Milano: 295 sgg.
- Cantucci M. 1979, *Primi orientamenti giurisprudenziali in materia di pronuncie di condanna ex art. 26 comma 3 della legge n. 1034 del 1971*, in *Il processo amministrativo. Scritti in onore di Giovanni Miele*, Giuffrè, Milano: 179 sgg.
- Capaccioli E. 1978, *Per la effettività della giustizia amministrativa (saggio sul giudicato amministrativo)* (ed. orig. 1977), ora in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Cedam, Padova: 447 sgg.
- 1979, *La funzione del processo amministrativo*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, I, Giuffrè, Milano: 133 sgg.
- Caponi R. 2011, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*: 38 sgg.
- 2015, *Doing Business come scopo del processo civile?*, in *Foro it.*, V: 10 sgg.
- Capponi B. 2015, *Salviamo la giustizia civile. Cosa dobbiamo dare, cosa possiamo chiedere ai nostri giudici*, Novcento, Milano.
- Caringella F. 2012, *L'annullamento a geometrie variabili nella più recente giurisprudenza amministrativa*, in *Giur. it.*: 2177 sgg.
- Casetta E. 1996, *Relazione introduttiva*, in *Atti del Convegno celebrativo Cento anni di giurisdizione amministrativa. Per il centenario dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Torino 10-12 novembre 1989, Jovene, Napoli: 3 sgg.
- Cassese S. 1984, *Le ingiustizie della giustizia amministrativa italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*: 422 sgg.
- 2011, *Continuità e fratture nella storia del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Zanichelli, Bologna: 21 sgg.
- Cavallone B. 2008, *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*: 947 sgg.
- 2015, *Postilla a Luigi Comoglio*, in *Riv. dir. proc.*: 158 sgg.
- Cerbo P. 2012, *L'ordine di esame dei motivi di ricorso nel processo amministrativo*, Libellula, Tricase.
- Cerino Canova A. 1980, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, Libro II, t. I, Utet, Torino: 3 sgg.
- Cerulli Irelli V. 2014, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*: 341 sgg.
- Cheli E. 2012, *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, il Mulino, Bologna.
- Chiarloni S. 2011, *Efficienza della giustizia, formalismo delle garanzie e sentenza della terza via*, in *Giur. it.*: 208 sgg.
- Chieppa R. 1999, *Giustizia amministrativa, efficienza e pubblica amministrazione*, in *Premio Chiarelli 1992-1999. Studi in onore di Francesco Paolo Casavola*, Grafischena, Martina Franca: 67 sgg.

- Chiovena G. 1912, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare* (ed. orig. 1911), ora in *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli: 19 sgg.
- Chizzini A., Bertozzi L. 2012, *L'istruttoria*, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Giappichelli, Torino: 659 sgg.
- Cianferotti G. 2008, *Ufficio del giurista nello stato autoritario ed ermeneutica della reticenza. Mario Bracci e Piero Calamandrei: dalle giurisdizioni di equità della grande guerra al codice di procedura civile del 1940*, in *Quad. fior.:* 259 sgg.
- Cipriani F. 1977, *Il regolamento di giurisdizione*, Jovene, Napoli.
- Clarich M. 1998, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.:* 523 sgg.
- Comoglio L.P. 1994, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.:* 1063 sgg.
- 2015, «Moralizzazione» del processo e ruolo del giudice nell'evoluzione dei modelli processuali europei, in *Riv. dir. proc.:* 131 sgg.
- Comporti G.D. 2005, *Pregiudizialità amministrativa: natura e limiti di una figura a geometria variabile*, in *Verso un'amministrazione responsabile*, Giuffrè, Milano: 73 sgg.
- 2010, *Il sindacato del giudice delle obbligazioni pubbliche*, in *Dir. proc. amm.:* 369 sgg.
- 2014, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, in *Dir. proc. amm.:* 746 sgg.
- Consolo C. 1991, *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., VII*, Utet, Torino: 44 sgg.
- 2014, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della "degiurisdizionalizzazione"*, in *Corr. giur.:* 1173 sgg.
- Corpaci A. 2010, *Il codice del processo amministrativo tra effettività della tutela e problemi di durata del rito ordinario*, in *Dir. pubbl.:* 609 sgg.
- Corso G. 1989, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro it., V:* 421 sgg.
- Costantino G. 2011, *Governance e giustizia. Le regole del processo civile italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, numero speciale *Governance e diritto:* 51 sgg.
- Crisci G. 1989, *Prospettive della giustizia amministrativa*, in *Studi per il centenario della Quarta Sezione*, I, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, Roma: VII sgg.
- Cudia C. 2012, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Maggioli, Rimini.
- D'Alberti M. 2011, *L'effettività e il diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- 2014, *Principi di diritto europeo e giurisprudenza amministrativa*, in G. Pellegrino, A. Sterpa (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, Carocci, Roma: 277 sgg.
- D'Angelo G. 2010, *Il codice del processo amministrativo. L'istruttoria*, in *Foro it., V:* 215 sgg.

- Dalfino D. 2014, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*: 907.
- De Gioannis Gianquinto G. 1873, *Dei conflitti di attribuzione. Trattato teorico-pratico*, Tipografia di Luigi Niccolai, Firenze.
- De Giorgi Cezzi G. 2002, *Giudizio prova verità. Appunti sul regime delle prove nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*: 906 sgg.
- 2013, *Poteri d'ufficio del giudice e caratteri della giurisdizione amministrativa*, in *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, Atti del Convegno annuale Aipda 2012, Editoriale Scientifica, Napoli: 9 sgg.
- de Lise P. 2007, *La pienezza della tutela del cittadino come obiettivo "condiviso" delle magistrature supreme*, in M.A. Sandulli, *Il ruolo del giudice. Le magistrature superiori*, in *Foro amm. TAR*, suppl. ai nn. 7-8: 103 sgg.
- 2011, *La giustizia amministrativa fra tradizione e modernità*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Zanichelli, Bologna: XIII sgg.
- De Niccolis R. 2011, *L'ordine dei motivi e la sua disponibilità*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Atti del XVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Giuffrè, Milano: 359 sgg.
- Di Majo A. 2003, *La tutela civile dei diritti*, IV ed. riveduta ed aggiornata, Giuffrè, Milano.
- Di Modugno N. 2012, *La prova*, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Giappichelli, Torino: 587 sgg.
- Domenichelli V. 1988, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Cedam Padova.
- Fabbrini G. 1988, *Connessione. 1) diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, VIII, Treccani, Roma.
- Fagiolari G. 1940, *L'atto amministrativo nella giustizia amministrativa*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, II, Cedam, Padova: 287 sgg.
- Ferrara L. 2013, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*: 617 sgg.
- 2014, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*: 561 sgg.
- Ferrari E. 1989, *Decisione giurisdizionale amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Utet, Torino: 533 sgg.
- Ficcarelli B. 2011, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli.
- Flore G. 1970, *Giurisdizione (regolamento di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Giuffrè, Milano: 311 sgg.
- Florida G. 2010, *La giustizia come servizio pubblico essenziale*, Vita e Pensiero, Milano.
- Follieri E. 2012, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*: 438 sgg.
- 2014, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*: 685 sgg.

- Fornaciari M. 2005, *La ricostruzione del fatto nel processo. Soliloqui sulla prova*, Giuffrè, Milano.
- 2014, *Consulenza tecnica, capacità/conoscenze dell'uomo medio e capacità/conoscenze del giudice*, in *Il giusto proc. civ.*: 177 sgg.
- 2015, *Oggetto del processo e diritto sostanziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*: 829 sgg.
- Gallo C.E. 2014, *Manuale di giustizia amministrativa* (VII ed.), Giappichelli, Torino.
- García de Enterría E. 2010, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa. Un cambio di paradigma?*, trad. it. di S.R. Maserà, Giuffrè, Milano.
- Garin E. 2003, *La giustizia* (ed. orig. 1968), con *Postfazione* di F. Tessitore, Guida, Napoli.
- Ghisalberti C. 1957, *L'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*, in *Rass. storica toscana*: 283 sgg.
- Giani L. 2013, *La fase istruttoria*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa* (V ed.), Giappichelli, Torino: 364 sgg.
- Giannini M.S. 1984, *Sintesi dei lavori*, in *Riv. amm.*: 786 sgg.
- Gilibrati B. 2015, *Consulenza tecnica, pienezza del sindacato e full jurisdiction. Brevi annotazioni a Consiglio di Stato, sez. V, 17 ottobre 2013, n. 5043*, in *Dir. proc. amm.*: 741 sgg.
- Giovagnoli R. 2014, *Effettività della tutela e atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in G. Pellegrino, A. Sterpa (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, Carocci, Roma: 287 sgg.
- Goisis F. 2015, *La full jurisdiction nel contest della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*: 546 sgg.
- Grossi P. 2009, *Tra fatto e diritto (a proposito di Massimo Vogliotti, Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica)*, Torino, Giappichelli, 2007), in *Quad. fior.*: 1899 sgg.
- Guarino G. 1984, *Atto amministrativo, organizzazione e giustizia amministrativa*, in *Riv. amm.*: 774 sgg.
- Jemolo C.A. 1930, *Nell'approssimarsi di un centenario*, in *Riv. dir. pubbl.*, I: 256 sgg.
- 1931, *Il Consiglio di Stato tra il 1848 e il 1865*, in *Riv. dir. pubbl.*, I: 440 sgg.
- Lamorgese A. 2009, *L'effettività della tutela nell'esperienza giurisprudenziale*, in *Foro amm. C.d.S.*: 1109 sgg.
- 2014, *La giurisdizione contesa. Cittadini e pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino.
- Landi G. 1965, *Contributo del Consiglio di Stato all'unificazione legislativa italiana*, in *Foro amm.*: 127 sgg.
- 1967, *Le leggi di unificazione amministrativa del 1865 (in margine alle celebrazioni del centenario)*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè, III*, Giuffrè, Milano: 547 sgg.
- Ledda F. 2002, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato* (1970), ora in *Scritti giuridici*, Cedam, Padova: 131 sgg.
- Lent. F. 1953, *Contributo alla dottrina dell'oggetto del processo*, I, in *Jus*: 431 sgg.
- Licciardello S. 2015, *La giustizia amministrativa come servizio*, in *Dir. proc. amm.*: 797 sgg.

- Lombardi R. 2008, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino.
- Lucattini S. 2015, *Fatti e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*: 203 sgg.
- Luciani M. 2014, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 4.
- Luiso F.P. 2013, *Effetti sostanziali della domanda e conclusione del processo con una pronuncia di rito*, in *Riv. dir. proc.*: 1 sgg.
- Mandrioli C. 1991, *Corso di diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali* (VIII ed.), Giappichelli, Torino.
- Mannucci G. 2016, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Maggioli, Rimini.
- Mantellini G. 1871, *I conflitti d'attribuzioni fra le autorità giudiziaria e amministrativa e in Italia*, Barbèra, Firenze.
- Marchettoni L. 2015, *Dialogo fra corti e judicial borrowing. Una prospettiva inferenzialista*, in *Riv. fil. dir.*: 149 sgg.
- Marini L., Montedoro G. 2005, *La giustizia come servizio pubblico*, in E. Paciotti (a cura di), *I tempi della giustizia: un progetto per la riduzione dei tempi dei processi civili e penali*, il Mulino, Bologna: 26 sgg.
- Mariuzzo F. 1984, *Problemi attuali del processo amministrativo*, in *Riv. amm.*: 781 sgg.
- Mazzamuto S., Plaia A. 2012, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Giappichelli, Torino.
- Mazzaroli L. 1996, *Profili evolutivi della tutela giurisdizionale amministrativa*, in *Atti del convegno celebrativo Cento anni di giurisdizione amministrativa. Per il centenario dell'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, Torino 10-12 novembre 1989, Jovene, Napoli: 201 sgg.
- Melis G. 2014, *Fare lo Stato per fare gli italiani. Ricerche di storia delle istituzioni dell'Italia unita*, il Mulino, Bologna.
- Menchini S. 1999, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Dir. proc. amm.*: 921 sgg.
- 2014, *La connessione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*: 1101 sgg.
- 2015, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Foro it.*, I: 931 sgg.
- Merusi F. 1986, *L'«ingiustizia amministrativa» in Italia*, in F. Merusi, G. Sanviti (a cura di), *L'«ingiustizia» amministrativa in Italia*, il Mulino, Bologna: 9 sgg.
- 2010, *In viaggio con Laband*, in *Gior. dir. amm.*: 658 sgg.
- 2011, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*: 1 sgg.
- 2012, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa. Una convivenza necessaria ma cangiante*, in *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, il Mulino, Bologna: 63 sgg.
- 2015, *Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso (all. E)*, in *150° dell'unificazione amministrativa italiana (legge 20 marzo 1865, n. 2248)*, *Annale dell'Isap*, 23: 225 sgg.

- Messinetti D. 2004, *Processi di formazione della norma e tecniche «rimediali» della tutela giuridica*, in V. Scalisi (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Convegno di studio in onore del prof. Angelo Falzea (Messina, 4-7 giugno 2002), Giuffrè, Milano: 199 sgg.
- Miele G. (a cura di) 1968, *La giustizia amministrativa*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Neri Pozza, Vicenza.
- Miglio G. 1969, *Le contraddizioni dello Stato unitario*, in F. Benvenuti, G. Miglio (a cura di), *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Neri Pozza, Vicenza: 27 sgg.
- Montedoro G. 2014, *Le azioni nel processo amministrativo riformato nel prisma dell'interesse ad agire*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Cedam, Padova: 181 sgg.
- Morbidei G. 2012, *Il contributo del giudice amministrativo*, in M.R. Spasiano (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Editoriale Scientifica, Napoli: 293 sgg.
- Mortara L., *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, I, *Teoria e sistema della giurisdizione civile*, II edizione riveduta, Casa editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano: 126 sgg.
- Motto A. 2012, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino.
- Napolitano G. 2011, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*: 267 sgg.
- Nicolussi A. 2014, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. dir. priv.*: 1191 sgg.
- Nigro M. 1967, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in *Foro it.*, V: 9.
- 1978, *Il giudice amministrativo oggi*, in *Foro it.*, V: 161 sgg.
- 1983a, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, V: 249 sgg.
- 1983b, *Giustizia amministrativa* (III ed.), il Mulino, Bologna.
- 1983c, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Il giudizio di ottemperanza*, Atti del XXVII Convegno di scienza dell'amministrazione, Giuffrè, Milano: 63 sgg.
- 1984, *Tribunali amministrativi regionali: dieci anni dopo*, in *Foro it.*, V: 317 sgg.
- 1986, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, il Mulino, Bologna: 699 sgg.
- 1996, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)* (1974), ora in *Scritti giuridici*, II, Giuffrè, Milano: 1051 sgg.
- Nivarra L. 2011, *I rimedi specifici*, in *Eur. dir. priv.*: 157 sgg.
- 2014, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*: 45 sgg.
- Oriani R. 2008, *Il principio di effettività giurisdizionale*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Orlando V.E. 1907, *La giustizia amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Società Editrice Libreria, Milano: 631 sgg.

- Orsi Battaglini A. 2005, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Giuffrè, Milano.
- Ottaviano V. 1968, *La giurisdizione di merito nella giustizia amministrativa*, in G. Miele (a cura di), *La giustizia amministrativa*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Neri Pozza, Vicenza: 187 sgg.
- Pagni I. 2004, *Tutela specifica e per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Giuffrè, Milano.
- 2012a, *Competenze e specializzazioni*, in *Tutela dei diritti e «sistema ordinamentale»*, Atti del VI Convegno Nazionale SISDIC, Edizioni scientifiche italiane, Napoli: 387 sgg.
- 2012b, *Linee e percorsi della tutela dei diritti dall'unificazione ad oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*: 1137 sgg.
- 2014, *Il cumulo di domande nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*: 1165 sgg.
- Pajno A. 2015, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 345 sgg.
- Paladin L. 1979, *Problemi, esperienze e prospettive dei rapporti fra giudici ordinari e pubbliche amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 457 sgg.
- Pastorelli M. 2012, *L'opera giuridica di Massimo severo Giannini, I, (1939-1950)*, Giuffrè, Milano.
- Pastori G. 1996, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*: 919 sgg.
- Patroni Griffi F. 2015, *Forma e contenuto della sentenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*: 17 sgg.
- 2016, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*: 115 sgg.
- Perfetti L.R. 2008, *Prova (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, t. I, Giuffrè, Milano: 917 sgg.
- 2014, *L'istruttoria nel processo amministrativo ed il principio dispositivo*, in E. Follieri, E. Sticchi Damiani, L. Perfetti, A. Meale (a cura di), *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione. Problemi teorici e dibattito giurisprudenziale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli: 43 sgg.
- Pescatore G. 1981, *Il Consiglio di Stato: da Carlo Alberto ai problemi attuali*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, I, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato Roma: VII sgg.
- Piccardi L. 1932, *La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, II, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma: 115 sgg.
- Piovani P. 1965, *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, XIV, Giuffrè, Milano: 420 sgg.
- Plaia A. 2013, *L'invalidità satisfattiva dell'atto di autonomia privata e dell'atto amministrativo*, in *Eur. e dir. priv.*: 1015 sgg.

- Police A. 2007, *Annullabilità e annullamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir., Annali*, I, Giuffrè, Milano: 49 sgg.
- 2011, *La giurisdizione «propria» del Consiglio di Stato dagli allegati D ed E della legge 20 marzo 1865 n. 2248 al c.p.a.*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Zanichelli, Roma: 77 sgg.
- 2014, *La giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Cedam, Padova: 59 sgg.
- Ponticelli P.G. 1958, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Giuffrè, Milano.
- 1990, *Merito amministrativo (e giurisdizione di merito)*, in *Enc. giur.*, XX, Treccani, Roma.
- Proto Pisani A. 1973, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio E., I, t. 2, Utet, Torino: 1046 sgg.
- 1979, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*: 538 sgg.
- 1984, *Problemi e prospettive in tema (di regolamenti) di giurisdizione e di competenza*, in *Foro it.*, V: 89 sgg.
- 2000, *Intervento breve per il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Riv. dir. civ.*: 775 sgg.
- 2002, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.*, V: 165 sgg.
- 2009, *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, V: 369 sgg.
- 2012a, *Efficienza e garanzie nella legislazione italiana degli ultimi anni*, in *Foro it.*, V: 6 sgg.
- 2012b, *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro it.*, V: 1 sgg.
- 2014, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Il giusto proc. civ.*: 825 sgg.
- 2015, *L'art. 113, 3° comma, Cost.: una norma troppo spesso dimenticata, fondamentale per la tutela effettiva del cittadino contro atti della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, V: 184 sgg.
- Ramajoli M. 2002, *La connessione nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- 2012, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Giappichelli, Torino: 141 sgg.
- 2014a, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempiuto*, in *Dir. proc. amm.*: 709 sgg.
- 2014b, *Il cumulo soggettivo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*: 1237 sgg.
- Redenti E. 1948, *Il «conflitto di attribuzioni» nella Costituzione e nel codice di procedura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*: 247 sgg.
- Romano A. 2001, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (Epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*: 602 sgg.

- Romano S. 1907, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Società Editrice Libreria, Milano: 1167 sgg.
- 1932, *Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, I, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma: 1 sgg.
- Romano Tassone A. 2012, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso*, in *Dir. proc. amm.*: 803 sgg.
- Romeo G. 2015, *La cultura del narcisismo e l'assenza del "limite" nella giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*: 37 sgg.
- Salandra A. 1904, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Unione Tipografico Editrice, Torino.
- Sambataro S. 1977, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano.
- 1989, *Il rifiuto del contenzioso amministrativo e la legge del '65*, in *Studi per il centenario della Quarta Sezione*, I, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma: 51 sgg.
- Sandulli A. M. 1974, *Manuale di diritto amministrativo* (XII ed.), Jovene, Napoli.
- 2008, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro amm. TAR*: 3533 sgg.
- Satta S. 1959, *Commentario al codice di procedura civile*, Libro primo, *Disposizioni generali*, F. Vallardi, Milano.
- Scialoja V. 1931, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, I: 407 sgg.
- Scoca F.G. 1987, *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei tribunali amministrativi regionali*, in A. Angeletti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, I, Maggioli, Rimini: 197 sgg.
- 2011, *Il Consiglio di Stato e i conflitti di attribuzione (1865-1877)*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Zanichelli, Roma: 93 sgg.
- 2013, *I principi del giusto processo*, in Id. (a cura di), *Giustizia amministrativa* (V ed.), Giappichelli, Torino: 157 sgg.
- 2014, *Il "costo" del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso*, in *Dir. proc. amm.*: 1414 sgg.
- Sigismondi G. 2015, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 705 sgg.
- Simonetti H. 2013, *La parabola del risarcimento per lesione degli interessi legittimi. Dalla negazione alla marginalità*, in *Foro amm. TAR*: 731 sgg.
- Smorto G. 2014, *Sul significato di "rimedi"*, in *Europa e dir. priv.*: 159 sgg.
- Sordi B. 2014, *«crocevia di una tensione» e la giusta distanza dal diritto europeo*, in P.L. Portaluri (a cura di), *L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa*, Atti del Convegno di Lecce del 23-24 maggio 2014, Edizioni scientifiche italiane, Napoli: 229 sgg.

- Tarantino L. 2015, *Giurisdizione e amministrazione: Silvio Spaventa, ieri e oggi*, in *Urb. app.*: 501 sgg.
- Tarullo S. 2004, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Giuffrè, Milano.
- Tonoletti B. 1999, *Silenzio della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Utet, Torino: 156 sgg.
- Torchia L. 2014, *Giustizia ed economia*, in *Gior. dir. amm.*: 337 sgg.
- Travi A. 2004, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*: 439 sgg.
- 2011a, *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*: 505 sgg.
- 2011b, *Tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Atti del LVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Giuffrè, Milano: 75 sgg.
- 2015, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 691 sgg.
- Trocker N. 2002, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*: 1208 sgg.
- 2015, *Le riforme del processo civile in Europa: quali indicazioni per il legislatore italiano?*, in *Quarto rapporto sulla giustizia civile in Italia. "Le recenti riforme del processo civile in Italia e in Europa"*, Atti del convegno organizzato dall'Unione Nazionale delle Camere Civili e dal Centro Studi dell'Avvocatura Civile Italiana in collaborazione con CNF, ANM e Associazione Italiana fra gli studiosi del processo civile, Roma, 19-20 marzo 2015, Tipografie Riunite Donati, Parma: 117 sgg.
- Tropea G. 2015, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli.
- Vacirca G. 1981, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma: 1573 sgg.
- Verde G. 2014, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*: 827 sgg.
- Villata R. 1995, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*: 195 sgg.
- 2014, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*: 285 sgg.
- Villata R., Ramajoli M. 2006, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino.
- Vivarelli R. 2011, *Il risorgimento e le idee di nazione*, in *Annali dell'Istituto italiano per gli studi storici*: 51 sgg.
- 2013, *Italia 1861*, il Mulino, Bologna.
- Zanobini G. 1942, *I conflitti di attribuzione e di giurisdizione nel nuovo codice di procedura civile*, in *Foro amm.*, IV: 96 sgg.



STUDI



# I PARADIGMI EUROPEI DI EFFICIENZA DELLA TUTELA IN VIA AMMINISTRATIVA E I PRINCIPI SOVRANAZIONALI IN MATERIA DI GIURISDIZIONE\*

*Roberto Caranta*

SOMMARIO – 1. Un problema che viene da lontano. 2. La Commissione europea per l'efficacia della giustizia. 3. L'eccessiva durata del processo. 4. Altri elementi relativi all'efficienza del sistema di tutela nei confronti dell'amministrazione. 4.1 Finalità e spettanza nella giustizia amministrativa. 4.2 Le alternative al processo. 5. Conclusioni.

## *1. Un problema che viene da lontano*

Come risulta dai lavori parlamentari, l'elaborazione della l. 10.3.1865 n. 2248 all. E abolitiva del contenzioso amministrativo beneficiò delle esperienze di diversi Paesi europei in materia di giustizia amministrativa (Angeletti, 2011: 15 sgg.).

Le questioni da risolvere per il novello Stato in corso di unificazione in qualche modo ruotavano tra i due opposti poli costituiti da un lato dalla tutela del cittadino – il *citoyen* delle tradizioni liberali uscita vittoriosa dalla Rivoluzione francese – e dall'altro lato dalla tutela dell'amministrazione al cui favore militavano non solo la lunga tradizione *régalienn*e dell'amministrazione ma anche l'idea illuministica e liberale della separazione dei poteri cui si era aggiunta ancora in Francia la necessità di difendere la Rivoluzione dai suoi molti nemici, interni come esterni.

La tensione tra i due poli era stata diversamente composta in quelli che antistoricamente chiameremmo diversi ordinamenti, e l'Italia doveva scegliere. Il compromesso come si sa vide la tutela dei soli diritti affidata al giudice ordinario il quale peraltro dovette subire una significativa limitazione dei propri poteri nei confronti delle pubbliche amministrazioni. Ai non diritti venne concessa una semplice e del tutto insufficiente tutela in via amministrativa (Angeletti, 1980).

Le ragioni del dibattito e dunque le motivazioni delle scelte furono prettamente ideologiche. Non si ragionò in termini di efficienza, almeno in relazione alla giustizia. Nel noto discorso di Bergamo Silvio Spaventa scrisse «di efficacia, di giustizia e di legalità», ma con riferimento all'amministrazione, e di «giustizia nell'amministrazione» (Spaventa, 1909: 55).

L'inefficienza – o la scarsa efficienza – era però nelle cose e finiva per avere i suoi effetti. Non pare azzardato riconoscere nell'insufficiente garanzia prestata dal sistema dei ricorsi amministrativi (Spaventa, 1909: 70), come nella scar-

sa tutela offerta agli stessi diritti dei cittadini dal giudice ordinario, declinabile quest'ultima come inefficienza della tutela ma anche come inefficacia della macchina che tutela avrebbe dovuto fornire, ragioni non minore dell'ascesa, a partire dal 1889, di quella che presto sarà riconosciuta come la giurisdizione amministrativa (Angeletti, 2011: 36 sgg.).

Non che le sopravvenute riforme risolvessero tutte le questioni. Anzi. La stessa Costituzione repubblicana, con disposizioni quali gli articoli 24, 103 e 113 ha ulteriormente sottolineato l'esigenza dell'effettività della tutela giurisdizionale (Bachelet, 1966).

Ancora una volta, si badi, esprimendosi in termini di effettività e non di efficienza. Effettività ed efficienza, tuttavia, se concettualmente distinti, sono in certa misura collegati. Come è stato osservato, «l'efficienza (della macchina) è *condicio sine qua non* (sebbene non anche *condicio per quam*) dell'effettività (della tutela)» (Luciani, 2014: 4).

D'altra parte il ragionare in termini di efficienza della giustizia è tendenza relativamente moderna, portato dell'estendersi di approcci di *New Public Management* fino alla materia dell'amministrazione della giustizia (Fabri, Langbroek, 2000; Jamin, 2007). Addirittura, vi sono approcci che giungono a teorizzare l'*entreprise justice* (Rozès, 1991).

I moderni approcci manageriali hanno implicato una «reformulation quantitative des termes du débat des transformation du "gouvernement" de la justice»; la «conversion collective aux vertus des chiffres marque la montée en puissance du registre de l'objectivité et de la neutralité» (Vauchez, 2008: 112).

In ordinamenti nei quali l'organizzazione giudiziaria è assegnata a professionisti diversi dai magistrati, come in molti sistemi di *common law* (Cadiet *et al.*, 2012: 38 sgg.), l'adozione di metodi manageriali può sollevare problemi a causa delle confliggenti logiche di cui sono portatori i due differenti gruppi (Eicher, Schedler, 2012).

L'estensione alla sfera dell'amministrazione della giustizia di metodi valutativi e sovente quantitativi in particolare è stata da taluni vista come potenziale minaccia all'indipendenza della magistratura. D'altra parte la giustizia non può sottrarsi alla generale esigenza che l'esercizio di ogni e qualsivoglia potere pubblico sia sottoposto a controllo, esigenza ben espressa con il termine anglosassone di *accountability*. L'indipendenza della funzione giurisdizionale non può significare rifiuto dell'efficienza, il problema è trovare delle composizioni tra diverse esigenze (Contini, Mohr, 2007).

L'estendersi di approcci valutativi è in ogni caso irresistibile nella misura in cui si ricostruisca la giustizia come servizio ai cittadini (Vatier, 2000; Boillat, Leyenberger, 2008). In effetti, «le service public de la justice remplit bien tous les critères du service public, en ce qu'il répond au besoin essentiel de la justice

que l'État assure et assume directement en vertu d'un pouvoir régalien qui est toujours exercé en son nom» (Deguergue, 2008: 151). Letta come *service public* la giustizia perde i suoi connotati *régaliens*. Si accentua il suo essere amministrazione (Christophe Tchakaloff, 2003: 67). Passaggio certo più facile – la magistratura non è potere – in Francia, ma non impossibile altrove.

Molte delle tecniche sviluppate in questi anni sono peraltro estranee alla sensibilità del giurista. Ferma la pari dignità scientifica, la distinzione tra diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione è ancora più rilevante oggi di quanto non fosse decenni anni orsono, ed in questa sede ci si concentrerà su temi propri della prima disciplina.

Dando conto della limitazione dei temi qui considerati e del materiale utilizzato, non si ha remora a ritenere rilevante, ed importante ad esempio il tema dell'*adaptive management* (Craig, Ruhl, 2014).

Semplicemente, a fronte del ricorso massiccio a strumenti manageriali (o informatici) il giurista è chiamato a vegliare che quanto possibile sia anche legittimo. Preferibilmente prima che il nuovo approccio sia applicato. Infatti non tutte le misure adottate allo scopo dichiarato di rendere più efficaci i procedimenti giurisdizionali sono realmente tali, o comunque legittime. Un caso significativo in tal senso è rappresentato da misure sui costi per la presentazione di ricorsi adottate in Italia, ma anche in altri Paesi, quali la Romania, per deflazionare il contenzioso in materia di contratti pubblici. L'impressione è che tali misure tendano piuttosto a scoraggiare il ricorso a giudice ma sul punto si pronuncerà presto la Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>1</sup>.

Da altro punto di vista, è opportuno sottolineare che il tema dell'efficienza della giustizia nei confronti delle pubbliche amministrazioni non è certo un'esclusiva italiana. Inoltre, molte delle problematiche qui discusse non si limitano alla tutela offerta dalle giurisdizioni amministrative, ma si estendono alla giustizia *tout court*, nei confronti delle pubbliche amministrazioni come *entre particuliers*. Il riparto delle giurisdizioni, nella misura in cui sia rilevante in numerosi ordinamenti non incide sull'idea di servizio della giustizia. In effetti, «ce double visage de la justice n'interdit aucunement de reconnaître l'existence d'un service public de la justice unique, à défaut d'être uniforme» (Deguergue, 2008: 151).

L'efficienza della giustizia è problematica globale, che continua ad impegnare le istituzioni di molti paesi e di molte strutture sovranazionali. Si pensi infatti alla Francia ove il termine *efficacité* pare coprire sia l'effettività che l'efficienza, ed i temi caldi della giustizia amministrativa sono da un lato quelli dell'esecuzione delle sentenze e della tutela d'urgenza e dell'altro quello dell'informatizzazione<sup>2</sup>.

Concentrando in questa sede l'attenzione sul panorama europeo, si affronteranno dapprima alcuni profili organizzativi, per poi esaminare alcuni temi sostanziali ritenuti particolarmente rilevanti nella prospettiva del giurista.

## 2. La Commissione europea per l'efficacia della giustizia

L'arricchirsi del dibattito sulla giustizia con la presa in conto dei profili dell'efficienza in aggiunta a quelli – più tradizionali – dell'effettività si è manifestato prima di tutto a livello europeo, nell'ambito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Com'è noto, la prima parte dell'art. 6, comma 1 CEDU prevede che «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti». L'art. 13 CEDU poi prevede che «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone agenti nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali».

Già nel 1996 a Budapest, durante la conferenza ministeriale del Consiglio d'Europa, a fronte del costante aumento delle controversie portate all'attenzione della Corte europea dei diritti dell'uomo si sottolineò la necessità di individuare misure di miglioramento dell'efficacia della giustizia. Il persistere del problema, ormai diverse decine di migliaia di casi vengono portati ogni anno all'attenzione della Corte, portò presto alla ricerca di risposte istituzionali e nel 2002 venne costituita la Commissione europea per l'efficacia della giustizia, operativa dal 2003 (Johnsen, 2012: 1; Boillat, Leyenberger, 2008: 56 sgg.)<sup>3</sup>.

La Commissione è composta da esperti, sia magistrati che funzionari dei ministeri della giustizia od universitari, dei 47 Paesi membri del Consiglio d'Europa. Al suo interno operano diversi gruppi di lavoro.

La Commissione deve rispondere a diversi obiettivi: proporre agli Stati membri soluzioni organizzative che tengano conto dei fruitori del servizio giustizia, fornire consulenze su richiesta di singoli Stati membri circa l'applicazione delle norme della CEDU in materia di giustizia, ed infine e più in generale sviluppare *best practices* che limitino le violazioni del diritto ad un equo processo (Johnsen, 2012: 2)<sup>4</sup>.

A tal fine, in collaborazione con gli Stati membri, la Commissione conduce studi comparatistici quantitativi-statistici (Johnsen, 2012: 3) biennali molto approfonditi che sfociano in un rapporto di parecchie centinaia di pagine ricco di tabelle (per analisi di quelli meno recenti Boillat, Leyenberger, 2008: 58 sgg.). Un grosso limite, al di là dell'intrinseca difficoltà di comparare sistemi giudiziari molto differenti, è che il lavoro si basa su dati per così dire 'ufficiali', forniti dalle competenti istituzioni degli Stati membri, e la Commissione non può valdarli o meno con riferimento ad informazioni esterne, comprese quelle eventualmente elaborate dalla comunità scientifica (Johnsen, 2012: 4 sgg.).

La Commissione ha inoltre prodotto un numero importante di documenti guida, come una *Checklist* per la gestione dei tempi processuali ed un compendio di buone pratiche (Boillat, Leyenberger, 2008: 60).

L'Unione europea partecipa ai lavori della Commissione europea per l'efficacia della giustizia (Boillat, Leyenberger, 2008: 59) ed ha anche recentemente commissionato studi importanti alla Commissione europea per l'efficacia della giustizia come quello dell'anno scorso sul funzionamento della giustizia nei Paesi membri dell'Unione<sup>5</sup>.

### 3. *L'eccessiva durata del processo*

A livello europeo l'efficienza – e l'effettività – della giustizia si è dapprima declinata in una delle sue componenti, probabilmente quella più vistosa, almeno la più facilmente misurabile, l'eccessiva durata del processo (Jamin, 2007: 2; Luciani, 2014: 41).

Il tempo è uno degli aspetti menzionati dall'art. 6, comma 1 CEDU. La disposizione è completata da una serie di raccomandazioni (Boillat, Leyenberger, 2008: 56). La tempestività della giustizia è stata anche al centro dell'attenzione della Commissione europea per l'efficacia della giustizia, costituendo anzi sinora una delle sue principali linee d'azione. Al tema la Commissione ha dedicato prima un gruppo di lavoro e poi costituito il *SATURN centre for judicial time management*, che deve il suo nome al dio romano del tempo. Nel 2008 la Commissione ha poi pubblicato delle linee guida per ottimizzare la gestione dei tempi processuali (Johnsen, 2012: 6 sgg.).

Facendo tesoro delle indagini condotte dalla Commissione europea per l'efficacia della giustizia la Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto, meglio nota come *Venice Commission*, organo consultivo del Consiglio d'Europa, ha poi elaborato specifiche proposte per rimediare all'eccessiva lunghezza del processo<sup>6</sup>.

I testi normativi ed i documenti ricordati sono rilevanti anche per il diritto amministrativo in quanto la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo interpreta le nozioni di causa civile e penale di cui all'art. 6 CEDU in modo estensivo, tale da ricomprendere molte controversie che nel nostro ordinamento sono considerate appartenere alle materie amministrative, quali l'espropriazione, l'ammissione a svolgere attività professionali o a godere di prestazioni sanitarie o previdenziali, i provvedimenti restrittivi o sanzionatori delle autorità di regolazione (Mirate, 2008: 227 sgg).

Inoltre la stessa giurisprudenza, nel valutare la durata del procedimento, considera anche la fase puramente amministrativa, precontenziosa, con conseguente anticipazione delle garanzie offerte dalla CEDU (Mirate, 2007: 37 sgg).

Il nostro ordinamento ha fatto fatica non solo ad assicurare la ragionevole durata dei processi civili, penali ed anche amministrativi, ma financo, fino alla legge Pinto, ad evitare che la letargia degli stessi si comunicassi alle azioni volte ad ottenere l'indennizzo da ritardo (Mirate, 2011). Merita peraltro segnalare che anche in Francia è stata creata una corsia preferenziale al proposito, individuando una giurisdizione esclusiva del *Conseil d'Etat* (Abdelgawad, Weber, 2008).

La pressione del diritto convenzionale ha portato all'introduzione nel Codice del processo amministrativo di numerosi istituti destinati all'abbreviazione dei tempi processuali sui quali si rimanda alla ricca letteratura esistente (Chieppa, 2012: 67 sgg.).

L'art. 6 comma 1 CEDU è sostanzialmente ripreso dall'art. 47, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea la quale ha ormai, pur in attesa dell'adesione dell'Unione stessa alla CEDU, lo stesso valore di norma fondamentale riconosciuto ai Trattati. In base all'art. 47, comma 2, «Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, pre-costituito per legge [...]».

L'eccessiva durata del processo ha pertanto rilievo anche in relazione ai procedimenti giurisdizionali che ricadono nella competenza dei giudici europei. Allo Stato il problema è sollevato con una certa frequenza in relazione al contenzioso della concorrenza, di cui conosce in primo grado la Corte generale. Ad esempio nel recente caso *Telefónica* la società spagnola aveva lamentato l'eccessiva durata del procedimento dinanzi al Tribunale, circostanza che avrebbe violato il diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva entro un termine ragionevole, diritto garantito dagli articoli 47 della Carta e 6 della CEDU. Su tale base sostanzialmente si chiedeva l'annullamento della sentenza di primo grado nella parte in cui essa aveva confermato l'ammenda inflitta o una riduzione del suo importo.

La Corte di Giustizia peraltro respingeva la domanda osservando *in primis* che in difetto di prova che il mancato rispetto di una durata ragionevole del procedimento abbia avuto un'incidenza sulla soluzione della controversia, l'annullamento della sentenza impugnata non porrebbe rimedio alla violazione del principio di tutela giurisdizionale effettiva commessa dal Tribunale. Inoltre la Corte ha ritenuto che una violazione dell'obbligo di decidere le controversie entro un termine ragionevole dev'essere sanzionata in un ricorso per risarcimento danni presentato dinanzi al Tribunale, ricorso che costituisce un rimedio effettivo, precisando che il Tribunale è tenuto a pronunciarsi su una domanda siffatta decidendo in una composizione diversa da quella che si è trovata a decidere la controversia sfociata nel procedimento la cui durata è contestata<sup>7</sup>.

Diverse misure sono state adottate nel tempo per cercare di ridurre i tempi della giustizia dell'Unione europea, esacerbati dall'aumento di Paesi membri a seguito degli ultimi allargamenti, ma con effetti insufficienti, al punto che si sta preparando un aumento dei giudici della Corte generale. Questo peraltro non inciderà sui tempi lunghi del procedimento su rinvio pregiudiziale i quali, com'è noto, almeno potenzialmente si sommano ai tempi delle fasi che si svolgono di fronte ai giudici nazionali, compreso quello remittente (si vedano però Broberg, Fenger, 2014: 278 sgg.).

I tempi sono rilevanti anche in relazione ai veri e propri procedimenti amministrativi. Ancora in materia di concorrenza un'eccessiva durata può portare la stessa Commissione europea a ridurre l'importo delle sanzioni comminate (Ruiz Calzado, de Stefano, 2012: 428 sgg.).

#### *4. Altri elementi relativi all'efficienza del sistema di tutela nei confronti dell'amministrazione*

Spinte anche dall'irresistibile ascesa delle tecniche suggerite dal *New Public Management*, le tematiche dell'efficienza della tutela si sono sviluppate ben al di là dei profili della durata dei procedimenti<sup>8</sup>. In questa sede, tenuto conto dei limiti concessi al presente contributo ma anche della sensibilità di chi scrive, ci si concentrerà su due aspetti: l'individuazione di tecniche processuali tendenti a dare definitività alla vicenda processuale e la ricerca di alternative al processo. Non si può non sottolineare che molte altre tecniche sono discusse ed applicate, come quelle di *docket management* (Schoenbaum, 1999; Levin, Wheeler, 1992), della limitazione dei tempi e degli scritti processuali (Jamin, 2007: 4) e soprattutto il ricorso a nuove tecnologie, compreso l'uso di software per la gestione dei fascicoli processuali e degli stessi uffici giudiziari (Boillat, Leyenberger, 2008: 57). Il tema dell'*e-justice* è stato peraltro indagato in modo approfondito, ma non necessariamente trionfalistico, anche dal punto di vista comparatistico (Carnevali, Contini, Fabri, 2006).

In questa sede è allora sufficiente rilevare che negli Stati Uniti, non sorprendentemente molto 'avanzati' sul punto, specifiche *software houses* si contendono il mercato con dinamiche quali fusioni ed acquisizioni e ricorso alla pubblicità. Così ad esempio la Journal Technologies è il risultato di una fusione tra tre società – *New Dawn Technologies*, *Sustain Technologies*, e *ISD Corporation* – con clienti in 41 degli Stati che compongono gli Stati Uniti. Secondo la *Journal Technologies* «Our browser-based eCourt case management software solution – for courts of all jurisdictions – allows court professionals access to cases from anywhere, manage work queues, expedite case flow, process cases in court from the bench, and save time by searching in a single location for documents and case files»<sup>9</sup>.

Aspetti questi appena menzionati, come ognuno potrà giudicare, incredibilmente interessanti. Ma anche aspetti che non coinvolgono se non marginalmente, la sensibilità del giurista.

#### 4.1 *Finalità e spettanza nella giustizia amministrativa*

Nella maggior parte degli ordinamenti europei costruzioni teoriche diverse portano a limitare il potere del giudice di sostituirsi all'amministrazione, decidendo in luogo di essa. Si tratta di teoriche tutto sommato rapportabili all'idea di separazione dei poteri, eventualmente aggiornata con un'enfasi sul diverso livello di conoscenze soprattutto tecniche di giudici e burocrati o un'attenzione sugli alti costi di processi decisionali affidati a magistrati (Marchetti, 2014). La tendenza è più marcata qualora si riconoscano poteri discrezionali alle pubbliche amministrazioni ovvero si commettano alle stesse valutazioni tecniche complesse (Delsignore, 2011). In altri termini, a differenza del processo civile o di quello penale, il giudizio amministrativo raramente si conclude con una pronuncia definitiva sul rapporto (Protto, 2008) o, come altri preferisce, sulla spettanza del bene della vita controverso (Falcon, 2001).

Quali che siano le ragioni di una simile tendenza, è evidente che essa determina un allungamento, spesso spropositato, delle vicende amministrative, portate e poi riportate più volte all'attenzione dei giudici dell'amministrazione (Langbroeck *et al.*, 2014: 138). Donde la necessità sollevata da più parti, e non solo in Italia, di superare il carattere puramente cassatorio del giudizio amministrativo portandolo verso una decisione finale sul merito della controversia (Kmicciak, 2013: 139 sgg.).

Diverse misure sono state introdotte in numerosi ordinamenti per ridurre questo ping pong fra pubblica amministrazione e giurisdizione che certo in Italia era stato scientemente introdotto dal legislatore con il divieto di revoca del provvedimento amministrativo sancito dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo.

Ben noto è l'esempio tedesco offerto dal § 46 del *Verwaltungsgerichtsgesetz* che, in un contesto di sindacato giurisdizionale molto approfondito, limita la rilevanza dei vizi formali. La disposizione tedesca ha costituito il modello per una trasposizione sconosciuta nell'art. 21 *octies* della l. 7.8.1990, n. 241, la quale ha svalutato i vizi procedurali e formali in un ben diverso contesto di sindacato, come già accennato, piuttosto ridotto sulla sostanza del provvedimento amministrativo (Galetta, 2005).

Un meccanismo forse meno noto è costituito dal *bestuurlijke lus* (noto in inglese come *administrative loop*) introdotto recentemente nella legislazione dei Paesi Bassi codificando preesistenti indirizzi giurisprudenziali i quali avevano

sollevato un vivace dibattito dottrinale (ten Berge, Langbroek, 2005). La riforma prevede che le corti distrettuali, competenti in primo grado sulle controversie amministrative, possano con sentenza interlocutoria concedere alla pubblica amministrazione un termine per porre rimedio ai vizi dell'atto impugnato indicando, nella misura possibile, come procedere. La Sezione contenziosa del Consiglio di Stato e gli altri giudici speciali di ultima istanza possono, secondo le stesse modalità, ordinare alla pubblica amministrazione di rimediare ai vizi riscontrati. In tal modo si giunge, in corso di processo, alla definizione dei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino (Kmieciak, 2013: 147 sgg.).

#### 4.2 *Le alternative al processo*

Aspetto in cui sono evidenti gli influssi dell'approccio manageriale all'amministrazione della giustizia è quello della ricerca di alternative al processo (Dragos, Neamtu, 2014). Questa tendenza può essere letta come un ulteriore momento del passaggio da strumenti legalistici di *government* ad istituti di *governance* caratterizzati da coinvolgimento delle parti sociali e sostituzione di meccanismi consensuali a più tradizionali strumenti di comando (Le Texier, 2011: 66 sgg.). Il fenomeno si riflette sulla giustizia nei confronti delle pubbliche amministrazioni, ma ha una portata molto più ampia, corrispondendo, come s'è detto, a *best practice* promossa da istanze sovranazionali<sup>10</sup>.

Per quanto riguarda le controversie con le pubbliche amministrazioni i rimedi alternativi al ricorso giurisdizionale sono molto differenziati (Dragos, Neamtu, 2014), andando dai ricorsi amministrativi che appartengono alla tradizione del diritto amministrativo continentale, ad istituzioni diffusisi in molti Paesi europei a partire dagli anni '70 del secolo scorso quali gli *ombudsmen*, ad organi indipendenti ma non giurisdizionali quali i *tribunals* inglesi, a nuovi istituti, marcatamente manageriali, quali la mediazione (de Graaf *et al.*, 2014).

Com'è noto, l'esperienza italiana in materia non è esaltante. In generale, si ritiene che per essere effettivi i meccanismi alternativi al ricorso giurisdizionale non debbano essere solo rapidi e con tempi certi (Luciani, 2014: 43). Debbono essere tali da rimediare agli errori commessi dal decisore. La storia amministrativa italiana ci consegna invece ricorsi amministrativi sostanzialmente inefficaci – con l'eccezione del ricorso straordinario al Capo dello Stato – e *ombudsmen* generalmente poco incisivi (Comba, Caranta, 2014). Diversa, naturalmente, la storia in altri ordinamenti (Dragos, Marrani, 2014).

Parimenti non scevra di problemi la specifica esperienza dei *tribunals*. Non che il rimedio da questi offerto non sia efficace, ma l'evoluzione degli ultimi anni sta decisamente ripensando la collocazione delle istituzioni in questione al di fuori del sistema giurisdizionale. Il Tribunals, Courts and Enforcement Act

(TCEA 2007) ha infatti profondamente mutato il regime giuridico dei *tribunals*, facendone delle corti o – appunto – dei tribunali (Richardson, Genn, 2007; Macchia, 2009; Ligugnana, 2010).

Il TCEA 2007 modifica la Section 3 del *Constitutional Reform Act* 2005 sulla garanzia dell'indipendenza dei giudici per estendere la protezione colà prevista ai membri dei *tribunals*. In particolare, inclusi nella definizione di *judiciary* sono non solo il *Senior President of Tribunals*, e *President of Employment Tribunals (Scotland)* ma i membri non togati degli *employment tribunals*. In base alle Sections 4 e 5, infatti, non tutti i membri dei tribunals sono qualificati come giudici. Ma in virtù della Section 1 tutti godono dell'indipendenza dei giudici anche se non dello *status* relativo. Estendere ai componenti dei *tribunals* l'indipendenza che la riforma costituzionale del 2005 aveva garantito, sulla spinta della CEDU, ai giudici, è tra le ragioni più importanti della riforma dei *tribunals*. L'obiettivo è raggiunto portando gli apparati dei *tribunals* al di fuori delle strutture ministeriali (Macchia, 2009: 223).

Altre disposizioni del TCEA 2007 e successivi provvedimenti legislativi testimoniano la progressiva giurisdizionalizzazione dei *tribunals*. Il processo in sé non deve stupire ed è probabilmente inevitabile almeno in quelle numerose materie – si ricordi la nozione ampia di controversie civili e penali di cui all'art. 6 della CEDU – nelle quali le scelte operate a livello nazionale sono vincolate proprio dalla CEDU (Mirate, 2008: 235 sgg.; Marrani, Farah, 2014: 270).

Ma l'esperienza inglese testimonia anche i limiti derivanti dalla costituzione europea al ricorso sistemi alternativi delle controversie rispetto al ricorso giurisdizionale e la necessità di costruire riforme di semplificazione dei procedimenti che si muovano nel quadro dei vincoli sovranazionali. Non a caso anche nei Paesi Bassi un sistema molto simile a quello inglese dei *tribunals* ha recentemente conosciuto analogo evoluzione secondo schemi propriamente giurisdizionali (Langbroeck *et al.*, 2014: 127 sgg.).

L'evoluzione del sistema dei *tribunals* appena descritta dimostra altresì che un sistema di ricorsi non è credibile in assenza di terzietà, ed anzi di indipendenza, del decisore. Il che conferma l'impossibilità di seriamente resuscitare il nostro tradizionale sistema di ricorsi amministrativi.

Tornando all'esperienza d'oltre Manica e dati i limiti a soluzioni di tutela non giurisdizionali, il tentativo cui si assiste ora è quello di migliorare il procedimento amministrativo per così dire 'fondamentale' prima ancora che quello di ricorso. In tal senso si sta infatti muovendo il Regno Unito (per una volta, anziché solo Inghilterra e Galles). Già nel 2004 il governo britannico aveva pubblicato un *White Paper* intitolato *Transforming Public Service* che prevedeva l'introduzione di azioni destinate a prevenire il contenzioso; in caso di insuccesso, si sarebbero dovute individuare forme efficaci ed a basso costo di ri-

soluzione delle controversie adeguate ad ogni singola situazione (*Proportionate Dispute Resolution*, PDR) (Marrani, Farah, 2014: 259). Ad inizio 2014 il ministero della giustizia ha sviluppato una *policy* consistente nel «making the administrative justice and tribunals system more effective» che si basa sull'idea di «getting it right first time», nell'adozione di quello che noi caratterizziamo come provvedimento amministrativo, e quindi nella fase che precede ricorsi di qualsiasi genere e livello<sup>11</sup>.

Il prestigio dei modelli derivanti dal diritto privato porta comunque a tentare l'adozione di meccanismi di mediazione nel diritto amministrativo. Numerosi ostacoli si frappongono tuttavia ad una simile soluzione, quali i principi di legalità e trasparenza che limitano i margini di scelta delle pubbliche amministrazioni (ad es. de Graaf K.J. *et al.*, 2014: 604; Galera *et al.*, 2014: 253 sgg.; Langbroeck *et al.*, 2014: 118, 138 sgg.; Veny, 2014: 205). Ancora una volta non sorprende che guardi invece con favore alla mediazione il sistema inglese, dove è più forte l'approccio manageriale all'amministrazione della cosa pubblica e correlativamente più debole il legalismo giuspubblicistico (Marrani, Farah, 2014: 270 sgg.).

In effetti, secondo studi recenti, per quanto riguarda le controversie amministrative la mediazione è usata saltuariamente in meno della metà degli Stati membri dell'Unione europea<sup>12</sup>.

Anche ammesso che l'ordinamento dato sia caratterizzato da una cultura amministrativa pronta ad ammettere l'errore ed a porvi rimedio – il che non è da darsi per scontato, in particolare in Italia – o che sia pronto ad istituire organi di ricorso di certa indipendenza, meccanismi alternativi di soluzione delle controversie in materie amministrative possono trovare il loro spazio principalmente in relazione al contenzioso seriale caratterizzato da bipolarità di interessi.

Quanto alla serialità, la dottrina ha ben sottolineato come l'«industrializzazione» dell'attività amministrativa nel XX secolo abbia richiesto nuovi modi di soluzione delle controversie. Si parla non a caso di *mass justice* (Cane, 2009: 21). I *tribunals* inglesi si occupano proprio di cause seriali, come quelle che riguardano le prestazioni dello Stato sociale. Tali controversie sono in molti ordinamenti bipolari, opponendo semplicemente il soggetto che richiede la prestazione alla pubblica amministrazione competente per distribuire determinate risorse a coloro che rispondano alle condizioni dettate dalla legge evitando indebiti esborsi di denaro pubblico.

Molte controversie amministrative tuttavia non sono seriali, e, soprattutto, sono policentriche in quanto coinvolgono numerosi soggetti con interessi variamente contrapposti. Si pensi ai procedimenti in materia di edilizia, che coinvolgono variamente interessi di costruttori, di proprietari dei suoli della cui edificazione si tratta e dei terreni vicini, nonché potenzialmente interessi ambientali. Ai procedimenti di competenza di autorità di regolazione, che coinvolgono

gli interessi dei soggetti che sono regolati ma anche ad esempio dei consumatori. All'attribuzione di contratti pubblici in esito al confronto concorrenziale tra più operatori economici.

Soprattutto, in ordinamenti come il nostro sono policentriche anche molte controversie relative a prestazioni dello Stato sociale. Si pensi all'attribuzione di alloggi di edilizia residenziale pubblica. Non basta rispondere ai requisiti determinati dalla legge per ottenere l'assegnazione, occorre essere più bisognosi di altri. A fronte di risorse finite, una simile controversia finirà per incentrarsi su una graduatoria, un po' come per l'attribuzione di un contratto pubblico, e per essere policentrica.

È intuitivo che simili controversie, complesse almeno dal punto di vista della quantità e qualità degli interessi coinvolti, siano meglio risolte nella sede del procedimento amministrativo che non in sede di contenzioso, più o meno tradizionale 'alternativo'. In tal senso è l'esperienza del Belgio, dove meccanismi rapportabili all'idea di mediazione tutto sommato non molto distanti dall'idea di accordi *ex art.* 11 l. 7.8.1990, n. 241 o da istituti analoghi in altri Paesi (Galera *et al.*, 2014: 255) sono impiegati in molti procedimenti amministrativi relativi all'urbanistica (Veny, 2014: 202 sgg.).

## 5. Conclusioni

Il cantiere delle riforme della giustizia amministrativa è sempre aperto. Diverse soluzioni sono sperimentate in Europa per cercare di rendere più efficace ed efficiente la tutela offerta nei confronti delle amministrazioni pubbliche. Negli ultimi decenni lo spirito riformatore ha trovato nuova linfa ed ulteriori fonte di ispirazione nel *New Public Management*.

I modi, ed i metodi, del *New Public Management* hanno, inevitabilmente, finito per investire l'amministrazione della giustizia, incluso quando si tratti di giustizia nei confronti della pubblica amministrazione (Fabri, Langbroek, 2000). La novità sta probabilmente più nel 'new' che nel 'public management' se è vero che, come ci ricordano gli scienziati sociali, almeno da Max Weber in poi, l'amministrazione, struttura certo legale-razionale, in quanto razionale era necessariamente manageriale e condivideva molte delle sue scelte organizzative con la nascente grande impresa industriale (Le Texie, 2011: 54 sgg.).

La novità sta invece nell'adozione di moderni strumenti di razionalità valutativa/quantitativa che determinano una marginalizzazione, se non l'estromissione, dei criteri puramente giuridici di legittimità amministrativa (Le Texier, 2011: 64).

Uno dei nodi problematici rispetto all'approccio neo-manageriale ai temi della giustizia, e direi più in generale dell'esercizio dei pubblici poteri, è la trasposizione in questo settore dell'attenzione ai costi proprio del mondo dell'im-

presa. Non che i costi, come dimostrano le difficoltà del *Welfare State*, siano irrilevanti, ma la natura di bene comune della giustizia non pare poter consentire di appiattire il discorso su tale aspetto (Jamin, 2007: 2; si veda anche Boillat, Leyenberger, 2008: 62 sgg.).

Se dal punto di vista continentale europeo è vero che «une économie efficace n'est pas nécessairement une économie juste» (Aron, 1962: 83), mi pare evidente che la tutela nei confronti delle pubbliche amministrazioni non possa essere solo efficace ma debba anche essere 'giusta'. Come già voleva Silvio Spaventa invocando la 'giustizia nell'amministrazione' (Spaventa, 1910). Ma questo è vero più in generale quando ci si riferisca all'esercizio di pubblici poteri in una società democratica. Tornando all'esempio dei contributi esorbitanti richiesti in materia di contratti pubblici, la norma sarà anche efficace nel ridurre il contenzioso, ma ben può dubitarsi che sia giusta, scoraggiandosi anche ricorrenti le cui doglianze siano fondate.

D'altra parte, soprattutto in ambiente anglosassone, l'idea di servizio non si disgiunge da quella dei costi a carico del contribuente, ulteriore elemento di legittimazione dei controlli sulla qualità del prodotto. Come è stato osservato, «si la justice est un service public, les justiciables (qui sont non seulement détenteurs de la souveraineté mais également des contribuables) peuvent légitimement être en attente de qualité» (Boillat, Leyenberger, 2008: 61).

Alla fine il discorso sui costi è ineludibile, e come tale figura in studi come quello commissionato dalla Commissione europea nel 2014<sup>13</sup>. Non a caso, il dibattito francese in materia è stato alimentato dalla legge organica relativa alle norme di finanza pubblica (LOLF) del 2001 che ha sottomesso «l'action de l'État français à cette méthodologie mangériale qui consiste à remplacer les politiques par des "stratégies" déclinées en "objectifs opérationnels" évalués au moyen d'"indicateurs chiffrés de performance"» (Le Texier, 2011: 65).

Un elemento di garanzia potrebbe essere rappresentato dal coinvolgimento – senza però cadere in forme di neocorporativismo – degli organi di autogoverno della magistratura presenti in diversi Paesi nella costruzione degli indicatori di performance (Pauliat, 2008: 94 sgg.).

Il problema vero è che i metodi valutativi, spesso legati alla raccolta di dati quantitativi scelti secondo metodologie che ben possono presentare il fianco a critiche, vanno impiegati con la consapevolezza dei loro limiti (Vauchez, 2008: 115 sgg.).

In conclusione, non pare possa sostenersi che nella nostra delicata materia *one size fits all*. L'esempio dell'*ombudsman* è molto significativo (Remac, 2014). L'istituzione si è dimostrata molto efficace non solo nei Paesi di origini ma anche, per esempio, in Belgio (Veny, 2014: 199). Non altrettanto da noi (Comba, Caranta R., 2014: 102 sgg.). Neppure pare che debbano necessariamente avere

facile successo nel campo del diritto amministrativo tecniche privatistiche, quali la mediazione (de Graaf *et al.*, 2014: 604 sgg.).

Le esperienze e le suggestioni provenienti da diversi ordinamenti sono molto diverse, ma solo la dovuta consapevolezza circa le caratteristiche specifiche di ogni dato ordinamento può portare a trapianti di soluzioni che contribuiscono effettivamente all'efficacia del sistema di tutela nei confronti delle pubbliche amministrazioni. E alla sua giustizia.

*Note*

- \* Il presente lavoro è dedicato al prof. Adolfo Angeletti, mio Maestro e sommo studioso del contenzioso amministrativo.
- <sup>1</sup> Caso C-495/14 *Antonio Tita*; Caso C-488/14 *SC Max Boegl România SRL*, e Caso C-439/14 *SC Star Storage SA v Institutul Național de Cercetare Dezvoltare în Informatică (INCDI)*.
- <sup>2</sup> Si veda <<http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/administration/attentes-usages/comment-justice-administrative-peut-elle-etre-plus-efficace.html>> (12/2016).
- <sup>3</sup> Council of Europe, Committee of Ministers, Resolution Res(2002)12 establishing the European Commission for the efficiency of justice (CEPEJ).
- <sup>4</sup> CEPEJ(2006)13.
- <sup>5</sup> Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States. Facts and figures from the CEPEJ 2012-2014 evaluation exercise CEPEJ(2014) 4 final.
- <sup>6</sup> Study no. 316/ 2004 CDL-AD(2006)036rev.
- <sup>7</sup> C.giust., 10.7.2014, C-295/12 P, *Telefónica e Telefónica de España c. Commissione*.
- <sup>8</sup> Un compendio delle tendenze in atto si rinviene nello *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States. Facts and figures from the CEPEJ 2012-2014 evaluation exercise* CEPEJ(2014) 4 final, in part. 496 sgg.
- <sup>9</sup> <<http://newdawn.com/ecourt/#sthash.rVByxXJS.dpuf>> (12/2016).
- <sup>10</sup> Cfr. ad es. *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States. Facts and figures from the CEPEJ 2012-2014 evaluation exercise* CEPEJ(2014) 4 final, 497 sgg.
- <sup>11</sup> <<https://www.gov.uk/government/policies/making-the-administrative-justice-and-tribunals-system-more-effective>> (12/2016).
- <sup>12</sup> Si vedano le Tables 8.3 e 8.4 dello *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States. Facts and figures from the CEPEJ 2012-2014 evaluation exercise* CEPEJ(2014) 4 final.
- <sup>13</sup> *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States. Facts and figures from the CEPEJ 2012-2014 evaluation exercise* CEPEJ(2014) 4 final, Table 1.4 (dove peraltro mancano i dati relativi all'Italia).

*Riferimenti bibliografici*

- Abdelgawad E.L., Weber A. 2008, *The Reception Process in France and Germany*, in H. Keller, A. Stone Sweet (a cura di), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on the National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford: 145 sgg.
- Angeletti A. 1980, *Aspetti problematici del riparto delle giurisdizioni e Stato amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- 2011, *Le origini del sistema di giustizia amministrativa*, in *Il nuovo processo amministrativo*, diretto da R. Caranta, Zanichelli, Bologna: 1 sgg.
- Aron R. 1962, *Dix-huit leçons sur la société industrielle*, Éditions Gallimard, Paris.
- Bachelet V. 1966, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano.
- Boillat Ph., Leyenberger S. 2008, *L'administration et l'évaluation du service public de la justice, vu du Conseil de l'Europe*, in *Rev. fr. adm. Publ.*: 55 sgg.
- Broberg M., Fenger N. 2014, *Preliminary References to the European Court of Justice* (II ed.), Oxford University Press, Oxford.
- Cadiet L. et al. 2012, *Better Administering for Better Judging*, in *Int. Journal for Court Administration*: 35 sgg.
- Cane P. 2009, *Administrative Tribunals and Adjudication*, Hart, Oxford.
- Carnevali D., Contini F., Fabri M. (a cura di) 2006, *Tecnologia per la giustizia*, Giuffrè, Milano.
- Chieppa R. 2012, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al Codice*, Giuffrè, Milano.
- Christophe Tchakaloff M.F. 2003, *L'influence de l'environnement européen*, in L. Cadiet, L. Richer (a cura di), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Presses universitaires de France, Paris: 67 sgg.
- Comba M., Caranta R. 2014, *Administrative Appeals in Italian Law: On the Brink of Extinction or Might They Be Saved (and Are They Worth Saving)?*, in D.C. Dragos, B. Neamtu (a cura di), *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Springer, Berlin-Heidelberg: 85 sgg.
- Contini F., Mohr R. 2007, *Reconciling independence and accountability in judicial systems*, in *Utrecht Law Review*: 26 sgg.
- Craig R.K., Ruhl J.B. 2014, *Designing Administrative Law for Adaptive Management*, in *Vanderbilt Law Rev.*: 1 sgg.
- de Graaf K.J., Marseille A.T., Tolsma H.D. 2014, *Mediation in Administrative Proceedings: A Comparative Perspective*, in D.C. Dragos, B. Neamtu (a cura di), *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Springer, Berlin-Heidelberg: 589 sgg.
- Deguergue M. 2008, *Les dysfonctionnements du service public de la justice*, in *Rev. fr. adm. Publ.*: 151 sgg.
- Delsignore M. 2011, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione dello standing a tutela di environmental interests nella judicial review statunitense*, in *Dir. proc. amm.*: 669 sgg.

- Dragos D.C., Marrani D. 2014, *Administrative Appeals in Comparative European Administrative Law: What Effectiveness?* in D.C. Dragos, B. Neamtu (a cura di), *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Springer, Berlin-Heidelberg: 539 sgg.
- Dragos D.C., Neamtu B. (a cura di) 2014, *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Springer, Berlin-Heidelberg.
- Eicher A., Schedler K. 2012, *Management Responses to Multiple Rationalities in Courts – A Review*, in *Int. Journal for Court Administration*: 20 sgg.
- Fabri M., Langbroek P.M. 2000, *Developing a public administration perspective on judicial systems in Europe*, in Id. (a cura di), *The challenge of change for judicial systems. Developing a public administration perspective*, IOS Press, Amsterdam: 1 sgg.
- Falcon G. 2001, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza* in *Dir. proc. amm.*: 287 sgg.
- Galera S., Acosta P., Soleto H. 2014, *ADR Tools in Spanish Administrative Law*, in D.C. Dragos, B. Neamtu (a cura di), *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Springer, Berlin-Heidelberg: 233 sgg.
- Galetta D.U. 2005, *L'art. 21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla Costituzione e al diritto comunitario*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo, Quaderni de Il Foro amministrativo – TAR, quaderno n. 2*, Giuffrè, Milano: 89 sgg.
- Jamin Ch. 2007, *L'efficacité au service de la justice*, in *Gazette du Palais*, 329-331: 1 sgg.
- Johnsen J.T. 2012, *The European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ)*, in *Int. Journal for Court Administration*: 1 sgg.
- Kmiecik Z. 2013, *The Efficiency of Administrative Courts (in the Light of European and Polish Experiences)*, in *Comparative Law Review*: 215 sgg.
- Langbroek P.M., Remac M., Willemsen P. 2014, *The Dutch System of Dispute Resolution in Administrative Law*, in D.C. Dragos, B. Neamtu (a cura di), *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Springer, Berlin-Heidelberg: 113 sgg.
- Le Texier T. 2011, *D'un principe de justice à un standard d'efficacité: la rationalité régaliennne à l'épreuve de la logique gestionnaire*, in *Dissensus*: 49 sgg.
- Levin A.L., Wheeler R.R. 1992, *Judge Rubin and Judicial Management of the Docket*, in *Louisiana Law Rev.*: 1489 sgg.
- Ligugnana G. 2010, *L'altra giustizia amministrativa. Modelli ed esperienze d'oltre Manica*, Giappichelli, Torino.
- Luciani M. 2014, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 4.
- Macchia M. 2009, *La riforma degli amministrative tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*: 209 sgg.
- Marchetti B. 2014, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*: 74 sgg.

- Marrani D., Farah Y. 2014, *ADR in Administrative Law: A Perspective from the United Kingdom*, in D.C. Dragos, B. Neamtu (a cura di), *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Springer, Berlin-Heidelberg: 259 sgg.
- Mirate S. 2007, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, Jovene, Napoli.
- 2008, *Protection of ECHR Rights in Administrative Proceedings*, in R. Caranta (a cura di), *Interest Representation in Administrative Proceedings*, Jovene, Napoli: 225 sgg.
- 2011, *Termini processuali e ragionevole durata del processo*, in *Il nuovo processo amministrativo*, diretto da R. Caranta, Zanichelli, Bologna: 865 sgg.
- Pauliat H. 2008, *Le modèle français d'administration de la justice: distinction et convergences entre justice judiciaires et justice administrative*, in *Rev. fr. adm. Publ.*: 93 sgg.
- Protto M. 2008, *Il rapporto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- Remac M. 2014, *The Ombudsman: An Alternative to the Judiciary?*, in D.C. Dragos, B. Neamtu (a cura di), *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Springer, Berlin-Heidelberg: 565 sgg.
- Richardson G., Genn H. 2007, *Tribunals in Transition: Resolution or Adjudication?*, in *Public Law*: 116 sgg.
- Rozès S. 1991, *Une entreprise en activités judiciaires*, in *Rev. fr. adm. Publ.*: 7 sgg.
- Ruiz Calzado J., de Stefano G. 2012, *Rights of Defence in Cartel Proceedings: Some Ideas for Manageable Improvements*, in P. Cardonnel, A. Rosas, N. Wahl (a cura di), *Constitutionalising the EU Judicial System: Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Hart, Oxford: 423 sgg.
- Schoenbaum E.J. 2009, *Managing Docket Effectively and Efficiently*, in *Journ. Nat. Association of Adm. Law Judges*: 37 sgg.
- Spaventa S. 1910, *Giustizia nell'amministrazione* (1880), in *La politica della Destra. Scritti e discorsi*, Laterza, Bari: 53 sgg.
- ten Berge G., Langbroek P.M. 2005, *Towards Integrated Lawmaking by Administrative Courts and Public Authorities. On Instruments and Possibilities for Constructive Integration Between the Administration and the Administrative Courts in Relation to Administrative Decision Making, Administrative Objection and Appeal*, in F. Stroink, E. van der Linden (a cura di), *Judicial Lawmaking and Administrative Law*, Intersentia, Antwerp: 263 sgg.
- Vatier B. 2000, *La justice est-elle un service public?*, in *Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, Paris: 141 sgg.
- Vauchez A. 2008, *Le chiffre dans le «gouvernement» de la justice*, in *Rev. fr. adm. Publ.*: 111 sgg.
- Veny L.M. 2014, *The Complexity of Administrative Appeals in Belgium: Not Seeing the Woods for the Trees*, in D.C. Dragos, B. Neamtu (a cura di), *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Berlin-Heidelberg: 179 sgg.

## LA GIURISDIZIONE TRA EFFETTIVITÀ ED EFFICIENZA

*Ilaria Pagni*

Sommario – 1. Effettività ed efficienza: due prospettive opposte o coincidenti? 2. L'effettività della tutela e il principio chiovendiano del 'tutto quello e proprio quello'. 3. Atipicità delle forme di tutela e principio di effettività. 4. L'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa nel prisma del principio di effettività. 5. Il principio di effettività in due recenti sentenze della Corte di cassazione. 6. Conclusioni.

### *1. Effettività ed efficienza: due prospettive opposte o coincidenti?*

Il codice del processo amministrativo, all'art. 1, prevede che la giurisdizione amministrativa assicuri «una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo». Nel processo civile, ove un riferimento espresso al principio di effettività viceversa manca, da sempre si afferma che, salva la necessità di previsioni espresse per quanto riguarda la tutela costitutiva, l'interesse della parte ad una forma di tutela rende ammissibile la stessa nei limiti della massima strumentalità tra diritto sostanziale e processo, in ciò consistendo il principio di atipicità delle forme di tutela, che affianca quello dell'atipicità dell'azione ricavato dall'art. 24 Cost., nei quali si declina l'effettività della tutela giurisdizionale.

Parlare di effettività della tutela oggi significa dunque essenzialmente alludere al diritto ad un rimedio effettivo: significa cioè valorizzare al massimo il principio chiovendiano, in virtù del quale il processo deve dare al titolare di una situazione soggettiva 'tutto quello e proprio quello' che il diritto sostanziale riconosce.

Il principio è correato, oltre che da un antecedente logico, il diritto di accesso ad un giudice, da un profilo successivo, quello per cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione (Oriani, 2008: 7), che postula una coincidenza di prospettive tra effettività della tutela ed efficienza della giurisdizione: e ciò sebbene le due istanze possano, frequentemente, entrare in contrasto (dal momento che l'efficienza opera soprattutto sul piano dell'interesse generale, mentre l'effettività muove essenzialmente da una prospettiva individuale), quando, in nome del rilievo per cui la giustizia è una risorsa scarsa, la ricerca di soluzioni che consentano al processo di funzionare nel modo migliore e più rapido pregiudichi l'aspirazione del singolo ad una tutela giudiziale «incondizionata»<sup>1</sup>, articolata su tre gradi di giudizio, senza limitazioni o filtri di sorta.

Se guardiamo all'evoluzione del diritto processuale civile che si è avuta tra la fine del secolo XIX e l'inizio del secolo scorso (su cui si rinvia, senza alcuna pre-

tesa di completezza, a Pagni, 2012b), e al passaggio – avvenuto proprio mentre trovava affermazione la ‘riconciliazione’ dei diritti, sostanziale e processuale, che tanta importanza avrebbe avuto nell’opera di Giuseppe Chiovenda e nella valorizzazione della strumentalità tra processo e diritto sostanziale<sup>2</sup> – da una concezione dell’azione come funzione del diritto soggettivo individuale, a quella di un diritto potestativo col quale il singolo coopera nel proprio interesse privato all’attuazione della legge, che è a sua volta espressione dell’interesse pubblico, possiamo scorgere in quel passaggio la spinta, che si ritroverà poi nel codice del 1940 (il più liberale dei codici «fascisti», anzi «mussoliniani», che vedranno la luce nel secolo XX), verso quella «relazione mediatrice di reciprocità complementare tra l’idea individuale e l’idea sociale, tra il diritto soggettivo e l’esigenza collettiva della giustizia» nella quale Piero Calamandrei, anni più tardi, avrebbe visto la base della collocazione del processo civile nell’ordinamento delle garanzie costituzionali (Calamandrei, 1937: 290).

È appunto nella complementarità, ma al tempo stesso nella inevitabile contrapposizione, tra prospettiva individuale e interesse generale, che si coglie appieno quella tensione tra effettività ed efficienza nella cui ottica debbono leggersi, con riferimento al processo civile (ma per il processo amministrativo il discorso non è diverso), le scelte del legislatore di questi anni: in un panorama in cui il principio chiovendiano incontra limiti inevitabili, che impongono una rinnovata riflessione, non possibile né necessaria in questa sede, su cosa significhi il diritto alla tutela giurisdizionale nell’art. 24 Cost. sulla scorta degli orientamenti giurisprudenziali più recenti, e su come abbia influito, su quegli orientamenti, il timore dell’abuso del processo.

Ma prima ancora che il ruolo che ha assunto, col trascorrere degli anni, l’art. 24 Cost. nel diritto interno, bisogna menzionare, a livello europeo, la determinante opera compiuta dalla Corte di Strasburgo e dalla Corte di Giustizia nel preoccuparsi non solo di tracciare il quadro delle garanzie processuali operanti nel giudizio, ma anche di far emergere i contenuti del diritto al processo<sup>3</sup>.

Perché se è vero che la Corte costituzionale, ha fatto sì, nel tempo<sup>4</sup>, che il legislatore interno assicurasse sempre più la «correlazione indissolubile fra il riconoscimento sostanziale di un diritto o di un interesse, giuridicamente protetti, e le possibilità di una loro piena tutela nel processo, attraverso un’adeguata gamma di mezzi di attuazione o di realizzazione giurisdizionale», è altrettanto vero che è soprattutto grazie al richiamo agli artt. 6 e 13 CEDU, direttamente applicabili in Italia per effetto del trattato di Lisbona e del nuovo testo dell’art. 6 T.U.E., e grazie all’opera evolutrice compiuta dalla Corte di giustizia nello spostare progressivamente l’accento dal diritto al processo al diritto ad un rimedio adeguato, che il diritto contemplato dall’art. 24 Cost. ha assunto una connotazione più ampia, sì che oggi è possibile affermare che la correlazione tra diritto sostanziale

e processo rappresenta «pur con una pluralità di espressioni diverse, un punto ormai fermo nelle tradizioni di *civil* e di *common law*» (Comoglio, 1991: 675).

Effettività della tutela, dunque, come diritto ad un rimedio effettivo: anche se l'effettività, come si è osservato, è difficilmente afferrabile dal punto di vista della dogmatica giuridica, facendo piuttosto capo alla sociologia del diritto (Matscher, 1999: 218), né è sempre possibile stabilire *a priori* – lo vedremo meglio nel § 5 – quale sia il meccanismo migliore, il rimedio più adeguato, per realizzare l'obiettivo di una tutela effettiva, nella scelta tra tutela risarcitoria, che attribuisce l'equivalente monetario dell'interesse violato, e tutela specifica, che, a seconda dei casi, opera in chiave di adempimento, di inibitoria o di eliminazione dell'atto impugnato<sup>5</sup>.

Effettività *versus* efficienza, un'efficienza intesa come proporzionalità e rapidità della risposta dell'ordinamento giudiziario alla domanda di giustizia, laddove il principio del buon andamento dell'amministrazione, se applicato all'amministrazione della giustizia, attiene piuttosto all'ordinamento degli uffici giudiziari e al loro funzionamento sotto l'aspetto amministrativo, più che non a quello, che qui maggiormente interessa, dell'esercizio della funzione giurisdizionale nel suo complesso e dei provvedimenti che ne costituiscono l'espressione<sup>6</sup>.

È in quest'ottica, in cui si ha per chiaro che «l'efficienza (della macchina) è *condicio sine qua non* (sebbene non anche *condicio per quam*) dell'effettività della tutela» (Luciani, 2014: 4), ma al tempo stesso che quel che viene assicurato al singolo può costare in termini di efficienza della macchina stessa, se questa venga sovraccaricata dalle domande giudiziali, che il legislatore ha teso sempre più a contenere l'accesso al sistema giudiziario, sul presupposto che, secondo il costante insegnamento del giudice delle leggi, «l'art. 24 Cost. non impone che il cittadino possa conseguire la tutela giurisdizionale sempre allo stesso modo e con i medesimi effetti, e non vieta quindi che la legge possa subordinare l'esercizio dei diritti a controlli o condizioni, purché non vengano imposti oneri tali o non vengano prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale»<sup>7</sup>.

Il principio di proporzionalità, del resto, comporta che trattare una causa secondo giustizia includa, per quanto sia praticabile, attribuire ad essa una quota appropriata delle risorse del giudice, tenendo conto della necessità di riservare le risorse agli altri casi<sup>8</sup>.

In questa prospettiva, dunque, sono stati immaginati gli interventi che si sono succeduti negli ultimi anni, volti a potenziare il ruolo delle forme alternative di risoluzione delle controversie, a contrastare l'abuso del processo con sanzioni di carattere economico o di tipo processuale, ad introdurre corsie preferenziali o forme di tutela differenziata per alcuni tipi di diritti<sup>9</sup>, a trasformare l'appello sempre più in un giudizio a carattere impugnatorio e a ri-

durre gli spazi per il ricorso in cassazione; ed è in nome dell'efficienza (sia pure con una rinnovata attenzione anche a profili di effettività, quantomeno per quanto riguarda il giudizio di cassazione) che sono stati immaginati, anche da ultimo, ulteriori interventi sul processo civile nel recente disegno di legge delega presentato alla Camera l'11 marzo 2015, approvato il 10 marzo 2016 e trasmesso all'altro ramo del Parlamento, rubricato appunto *Per l'efficienza del processo civile*.

Analogamente nel processo amministrativo, dove l'abuso del processo è contrastato dall'art. 26 CPA, come modificato dall'art. 41 del d.l. 24.6.2014, n. 90, convertito in l. 11.8.2014, n. 114 (*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*), col richiamo agli artt. 91, 92, 93, 94, 96 e 97 c.p.c., e alla necessità del rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità degli atti<sup>10</sup> di cui all'art. 3, co. 2, del codice (il d.l. n. 90/2014, peraltro, ha destinato, proprio in una prospettiva di efficienza, il titolo IV allo snellimento del processo amministrativo<sup>11</sup> e all'attuazione del processo telematico, e prevede altresì norme che impongono alle stazioni appaltanti compiti di prevenzione sostanziale delle liti, nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici).

Come si vede, tra i due piani dell'effettività e dell'efficienza si possono avere forme di cooperazione ma anche di contrasto, perché se è vero che l'effettività della tutela non può essere disgiunta dalla sua tempestività<sup>12</sup>, è anche vero che prontezza ed effettività possono essere viste come potenzialmente confliggenti e che l'interesse individuale alla pienezza ed adeguatezza della tutela giurisdizionale si trova spesso a fare i conti con l'esigenza di evitare la mole abnorme del contenzioso<sup>13</sup>, per garantire la maggior celerità di quei processi che vengano viceversa celebrati.

Per altro verso, il 'dosaggio' delle risorse non è sempre semplicissimo: si pensi alla specializzazione del giudice, che, se contribuisce al miglior funzionamento dei processi nelle materie 'specialistiche' e dunque ad offrire una risposta adeguata al bisogno di tutela, può comportare una penalizzazione delle altre materie, che rimangono in affanno (è quanto si lamenta con riferimento alla istituzione del tribunale dell'impresa, ad opera del d.l. 24.1.2012, n. 1, convertito in l. 24.3.2012, n. 27, cui è stata attribuita la maggior parte delle controversie economiche, e la cui sfera di competenza si annuncia oggetto di ampliamento nel già ricordato disegno di legge delega, rubricato appunto recante norme *Per l'efficienza del processo civile*. Sul tema della specializzazione del giudice v., *si vis*, da ultimo, Pagni, 2012a; si veda inoltre, Comoglio P., 2014).

Il che impone particolare prudenza nel richiamare, in materia di esercizio della funzione giurisdizionale, il principio di efficienza.

## 2. L'effettività della tutela e il principio chiovendiano del 'tutto quello e proprio quello'

L'affermazione del principio per cui il processo deve dare al titolare di una situazione soggettiva 'tutto quello e proprio quello' che il diritto sostanziale riconosce si ha con riferimento alla necessità di trovare un rimedio per l'ipotesi di inadempimento degli obblighi nascenti dal contratto preliminare (Chiovenda, 1930), in assenza di una disposizione come quella che poi sarebbe stata introdotta nel codice del '42 con l'art. 2932 c.c.

Secondo Chiovenda, il processo come organismo d'attuazione della legge è per se stesso la fonte di tutte le azioni praticamente possibili, che tendono all'attuazione di una volontà di legge: sicché ogni modo di attuazione della legge (ed ogni mezzo esecutivo) che sia praticamente possibile e non sia contrario ad una norma generale o speciale di diritto deve ritenersi ammissibile.

Un principio così generale non ha necessità di essere formulato in alcun luogo, così come «non esiste alcuna norma espressa che assicuri l'azione al creditore insoddisfatto d'un capitale mutuato: le norme del codice civile sul mutuo riguardano gli obblighi delle parti, non l'azione [...]; pure nessuno dubita che l'azione ci sia».

Più o meno in quegli stessi anni, la *Rivista di diritto processuale civile*, fondata da Chiovenda e da Carnelutti nel 1924, reclamava, nel percorso verso la sistemazione scientifica del diritto processuale civile, la necessità di acquisire al diritto processuale zone rimaste fino a quel momento «sotto il dominio di altri rami del diritto [...] dalla azione alla prova, dalla cosa giudicata al fallimento», sul presupposto che «solo il punto di vista processuale può collocare questi istituti in piena luce e chiarire fenomeni giuridici, che fuori da codesto punto di vista sono destinati a rimanere un enigma». un'affermazione, questa, che è espressione di quel panprocessualismo che caratterizza l'opera di Carnelutti (Denti, Taruffo, 1987: 632), ma che, una volta depurata dalla sua assolutezza, non può che essere condivisa, se intesa nel più semplice significato che il processo proietta sempre sulla materia sostanziale un cono di luce, che l'interprete deve ricercare, perché soltanto la dimensione della lite consente di cogliere appieno l'ampiezza, e per converso i limiti, del riconoscimento di una situazione soggettiva al suo titolare.

E se negli anni successivi all'emanazione del codice di rito, con l'entrata in vigore della Carta costituzionale, la scienza processuale si preoccuperà particolarmente di mettere in evidenza i nessi che uniscono il diritto processuale al diritto costituzionale, affermando che «tutte le libertà sono vane, se non possono essere rivendicate e difese in giudizio e se l'ordinamento del giudizio non è fondato sul rispetto della persona umana» (Calamandrei, 1965: 577), non meno rilievo avrà, sempre grazie alla Carta costituzionale (e all'introduzione di quel-

la che è una propria novità, rispetto allo Statuto albertino, ovvero il riconoscimento, racchiuso nell'art. 24 Cost., della possibilità a tutti assegnata di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi), la ricerca del raccordo tra il diritto sostanziale e il processo, e la riflessione sulla reciproca relazione di dipendenza che corre tra contenuto delle situazioni sostanziali di vantaggio e tecniche di tutela processuale, per la considerazione – ovvia – che ogni evoluzione e trasformazione nel sistema delle tutele inevitabilmente si riverbera ed incide sul diritto alla cui realizzazione il processo tende.

Da un lato, dunque, l'indagine sullo scopo del processo, imposta dagli scritti di Carnelutti e Satta (*Torniamo al giudizio e Il mistero del processo*), si indirizzerà nella direzione di un collegamento col diritto sostanziale da intendersi soprattutto come necessità di cogliere la funzione del processo nell'attuazione della giustizia, e particolarmente di una legalità attenta ai valori costituzionali («sotto gli archi del processo – scrive Calamandrei – scorre la fiumana inesaurita della sorte umana: nessuno più del processualista affacciato a quelle spallette può cogliere, se ha orecchio per sentire, le voci che salgono da questa corrente, questo ansito universale di giustizia»). In quest'ottica, il principio del contraddittorio è paragonato al principio dell'opposizione parlamentare, che fa emergere, nella contrapposizione dialettica delle opposte tesi, la verità tutta intera, a patto però che il processo si strutturi come «giusto processo», in cui le parti si trovino tra loro non in condizione di parità meramente giuridica, ma in effettiva parità pratica, che vuol dire tecnica e anche economica (Trocker, 2005).

Dall'altro lato, l'affermazione, contenuta nell'art. 24 Cost., del principio per cui chi è titolare di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo è, in pari tempo e automaticamente, titolare dell'azione intesa come possibilità di far valere in giudizio quel diritto o quell'interesse legittimo, dà una spinta fortissima alla costruzione di un sistema ispirato al principio di effettività della tutela giurisdizionale: l'art. 24 si presenta cioè come una sorta di norma in bianco la quale «aderisce a tutte le norme sostanziali» che attribuiscono situazioni soggettive; queste norme, anche se nulla dispongono sulla tutela giurisdizionale, funzionano, per così dire, come fattispecie rispetto al primo comma dell'art. 24, che mettono automaticamente in moto, con conseguenze di incalcolabile portata (Andrioli, 2007: 7).

Naturalmente il rimedio non intende sostituire, né potrebbe, le categorie del diritto sostanziale: esso forma piuttosto un 'piano mobile' di misure di tutela, ove i diritti risultino insoddisfatti e gli obblighi inadempiti. Il rimedio dunque già presuppone, almeno in linea generale, che l'interesse, più a monte, risulti protetto: esso «non decide sull'*an* della protezione, ma solo delle sue modalità di applicazione (ossia del *quomodo* di essa)» (Di Majo, 1989: 25 e 2005: 341).

È compito dunque dello studioso del diritto sostanziale individuare l'esistenza della situazione soggettiva<sup>14</sup>, mentre lo studioso del processo dovrà soltanto

scegliere, nelle pieghe del sistema, la risposta più adeguata (il rimedio effettivo) al bisogno individuale di tutela<sup>15</sup>. Questa scelta imporrà tuttavia uno sforzo interpretativo particolare, che porti a offrire la massima strumentalità del processo al diritto sostanziale superando le limitazioni che discendano dalla mancata inclusione, nell'assetto dei rimedi, dell'uno o dell'altro tipo di azione: in ossequio al principio di atipicità delle forme di tutela, per il quale ciò che non è espressamente escluso deve ritenersi consentito<sup>16</sup>.

Non si tratta di riproporre tendenze proprie del mondo anglosassone, affidando ai giudici compiti promozionali<sup>17</sup>: la situazione soggettiva precede l'azione (*ubi ius, ibi remedium*, e non il contrario), anche se, a seconda del grado di specificità della disposizione dalla quale si trae l'esistenza dell'interesse protetto, si accentueranno gli spazi interpretativi rimessi al giudice, e con essi il rischio dell'influenza di giudizi di valore nell'individuazione del rimedio adeguato.

Di certo, il processo deve dare al vincitore quanto gli spetta sul piano del diritto sostanziale, e non qualcosa di diverso, tantomeno qualcosa di più<sup>18</sup>.

### 3. Atipicità delle forme di tutela e principio di effettività

Non è possibile, in questa sede, soffermarsi sugli ulteriori percorsi praticati dalla scienza processuale, che ha sviluppato il pensiero che qui si è ricordato soltanto per accenni<sup>19</sup>. Interessa, invece, per cogliere l'evoluzione che hanno avuto, in questi anni, le forme di tutela dei diritti, con quel tanto di approssimazione che un tema così ampio porta inevitabilmente con sé, soffermarsi sul rilievo per cui, sebbene il processo debba modellarsi sul contenuto della situazione sostanziale, questa affermazione sia soltanto tendenziale, e le situazioni di appartenenza vengano a propria volta incise dalle tecniche di attuazione dei diritti concretamente messe a disposizione dal legislatore processuale.

In quest'ottica, la «conciliazione» tra i diritti, sostanziale e processuale, è insieme il punto di forza e di debolezza della tutela giurisdizionale. Se si riconosce il reciproco condizionamento tra il piano sostanziale e quello del giudizio, non si può non vedere che dove il processo non arriva, perché il legislatore esclude espressamente determinati rimedi (ad esempio consentendo la sola tutela risarcitoria in luogo di quella specifica, come è avvenuto, con la riforma del 2003, in materia di impugnativa di delibere assembleari), si ha una ricaduta sulla situazione soggettiva che è conseguenza indiscutibile dell'opzione normativa in punto di tutela.

La storia del nostro sistema processuale, dall'emanazione del codice di rito e della Carta costituzionale ad oggi, dev'essere letta in questa chiave. Ogni scelta del legislatore processuale ha prodotto effetti sul piano del diritto sostanziale, che hanno impedito il riconoscimento al titolare di un diritto di quelle utilità che l'attribuzione della situazione di vantaggio avrebbe dovuto portare con sé.

Si è reso necessario, perciò, recuperando l'attualità dell'insegnamento di Chiovenda, indagare sulle implicazioni che possono avere sul sistema delle tutele il principio di atipicità dell'azione postulato sulla base dell'art. 24 Cost., e i principi, ad esso correlati, dell'atipicità delle forme di tutela e dell'effettività della tutela giurisdizionale, ribadito, come ricordato, anche dalle più recenti acquisizioni del diritto processuale europeo<sup>20</sup>.

La conclusione cui si è ritenuto di poter giungere è quella per cui affermare che il processo deve assicurare la «massima» strumentalità dei propri risultati rispetto al diritto sostanziale, significa che l'interesse della parte ad una forma di tutela rende ammissibile per ciò solo la tutela stessa (salvi i casi che rientrano nell'art. 2908 c.c.), a meno che non vi siano limitazioni che derivino da ragioni di impossibilità materiale di attingere un determinato risultato o dalla preferenza (esplicita nell'esclusione espressa del rimedio) dell'ordinamento per un interesse maggiormente rilevante in un bilanciamento di valori che sopravviva al vaglio della conformità alla Costituzione<sup>21</sup>.

In estrema sintesi, pur in presenza di un sistema di azioni tipiche quale quello che spesso si riscontra nella legislazione sostanziale, soprattutto quella di derivazione comunitaria (che cade di frequente nella tentazione di prevedere, accanto alla situazione soggettiva, anche il rimedio ad essa correlato), e purché non vi siano esclusioni espresse, giustificabili alla luce dei valori in gioco, si è ritenuto sufficiente, e al tempo stesso necessario, che la norma riconosca la rilevanza dell'interesse sostanziale, perché soccorra il rimedio processuale, costruito sull'esigenza che il processo consenta al titolare di un diritto di ottenere 'tutto quello e proprio quello' che gli derivi dal riconoscimento della situazione soggettiva.

Così, a dispetto di un codice civile che in più di un passaggio si esprime col linguaggio delle azioni (a protezione di diritti la cui tutela affonda le proprie radici nella tradizione romanistica, come nel caso del diritto di proprietà (Proto Pisani, 1983: 127 sgg.), e più in generale di diritti, come quello al nome e all'immagine, o al diritto dell'impresa in materia di concorrenza sleale, per i quali si avverte la necessità di prevedere in modo esplicito un assetto di rimedi che contempli anche misure di natura inibitoria), lo studioso del diritto processuale deve essere in grado di riconoscere rimedi non previsti, e, per questa via, di volta in volta valorizzare la possibilità dell'azione di adempimento del credito anche in assenza di una disposizione espressa che quell'azione preveda (se si tiene conto che il tenore letterale dell'art. 1218 è tutto incentrato sulla previsione del solo rimedio risarcitorio e che l'art. 1453 c.c. non è norma generale del sistema delle obbligazioni, ma è rivolta a disciplinare la materia del credito nascente dal contratto a prestazioni corrispettive: in argomento v., *amplius*, Pagni, 2004: 15 sgg.; oppure, ancora, affermare l'ammissibilità generale dell'azione inibitoria senza bisogno di ricavarla dall'estensione analogica di previsio-

ni espresse, o dall'art. 2058 c.c. sul risarcimento in forma specifica; o, di nuovo, fare leva sull'art. 700 c.p.c. per offrire una risposta adeguata ai bisogni di tutela urgente richiesti dalle situazioni soggettive, quando rischino di subire un pregiudizio di tipo irreparabile (e non soltanto quando ad esse si riconosca una valenza sul piano costituzionale, come è avvenuto negli anni '70 del secolo scorso con lo sviluppo della cd. giurisprudenza pretoria che si è spesa soprattutto nella direzione di proteggere i diritti della personalità<sup>22</sup>).

Del resto, il principio chiovendiano del 'tutto quello e proprio quello' consente operazioni interpretative coraggiose: così, in un contesto in cui tutte le ragioni della tesi opposta possono trovare giustificazioni altrettanto condivisibili, ma si avverte l'ingiustizia di permettere al tempo necessario per la definizione del giudizio di influire sul diritto fatto valere, quel principio, coniugato nella chiave dei principi del giusto processo e della sua durata ragionevole, è stato invocato per escludere la possibilità per il curatore di esercitare la facoltà, concessagli dall'art. 72 l. fall., di sciogliersi dal contratto preliminare, con il quale l'imprenditore poi fallito abbia promesso in vendita un immobile a un terzo, anche nel caso in cui il terzo promissario acquirente abbia trascritto, prima del fallimento, la domanda di cui all'art. 2932 c.c.<sup>23</sup>

Ciò in contrasto con l'orientamento prevalente, per il quale l'esercizio, da parte del curatore, del diritto potestativo di scioglimento possa avvenire fino all'avvenuto trasferimento del bene, ossia fino all'esecuzione del contratto preliminare attraverso la stipula di quello definitivo, ovvero fino al passaggio in giudicato della sentenza *ex* art. 2932 c.c., che, per la sua natura costitutiva, non retroagisce al momento della proposizione della domanda<sup>24</sup>. Contrasto che ha determinato la rimessione della questione alle Sezioni Unite<sup>25</sup>, da ultimo risolto dalla Cassazione – in nome del principio per cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione – nel senso della inopponibilità al promissario acquirente della sentenza che accoglie la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto trascritto prima della dichiarazione di fallimento, a patto che la domanda venga poi accolta<sup>26</sup>.

E non dimentichiamo l'importanza che ha avuto il principio di effettività della tutela, declinato nella direzione del riconoscimento di azioni modellate sulla situazione sostanziale protetta dall'ordinamento, nel condurre all'allargamento delle azioni del processo amministrativo, e alla definitiva introduzione, col d.lgs. 14.9.2012, n. 160, di un'azione di adempimento che, seppure in una versione maggiormente modellata sulla *Verpflichtungsklage* tedesca, era stata reclamata da tempo dalla dottrina più sensibile (Merusi, 1979; Nigro, 2002: 89).

Nell'attuare la delega contenuta nell'art. 44 della l. 18.6.2009, n. 69, che lo invitava a «prevedere le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa», il legislatore delegato era chia-

mato ad offrire al meglio la dimensione della strumentalità delle azioni rispetto ai bisogni di tutela e non solo a riordinare le azioni introdotte, nel tempo, nel processo amministrativo, in modo episodico e frammentato (Clarich, 2010). Inoltre, a spostare il baricentro dei rimedi dai poteri del giudice (muovendo dai quali l'interprete tradizionalmente ricostruiva le azioni) alle esigenze di tutela poste dalle situazioni soggettive che ricorrono nel sistema della giustizia amministrativa, costruendo le azioni sulla base di queste (non più l'interesse legittimo come strumento del rimedio giurisdizionale introdotto con la legge del 1889, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, ma l'interesse legittimo come situazione sostanziale).

In questo contesto, anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha contribuito a valorizzare il principio di effettività, riaffermando con forza l'esigenza di un superamento della tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio e la necessità di azioni tese al conseguimento di tutti i tipi di pronuncia idonei a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa<sup>27</sup>. Ne è derivato un sistema che, pur con tutte le inevitabili esigenze di assestamento, ha cercato e cerca di sviluppare, nella dimensione processuale, quell'attribuzione di valore di situazione sostanziale all'interesse legittimo, che è stata compiuta particolarmente grazie alla storica sentenza Cass., S. U., 22.7.1999, n. 500<sup>28</sup>: con ciò facendo sì che il processo, anche quello amministrativo, dia al vincitore 'tutto quello e proprio quello' spetti, a questi, sul piano del diritto sostanziale.

#### *4. L'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa nel prisma del principio di effettività*

L'accenno fatto da ultimo, alla valorizzazione del principio di effettività con riferimento al processo amministrativo, ci porta indietro nel tempo, ad un celebre scritto di Capaccioli (Capaccioli, 1978), nel quale ci si interrogava sulla possibilità di ritenere che l'effetto di annullamento non fosse in realtà l'unico che il processo amministrativo produce, essendo preferibile ritenere che, almeno per il caso dell'accoglimento, sussistessero anche effetti di preclusione per l'ulteriore azione amministrativa.

Da allora il processo amministrativo ha compiuto un percorso che ne ha completamente trasformato il volto: a partire dall'evoluzione del tradizionale giudizio di tipo demolitorio, dove la questione dell'effettività della tutela, con riguardo all'interesse oppositivo, si è giocata all'interno di quel processo, che si è arricchito, col tempo, di maggiori garanzie, per arrivare alla necessità di un superamento del modello incentrato sull'azione di annullamento e, in sede cautelare, sulla sospensione degli effetti dell'atto, per la tutela dell'interesse pretensivo.

In nome del principio di effettività, oggi codificato, come si è detto, nell'art. 1 del c.p.a., la giurisdizione amministrativa di legittimità, storicamente strutturata come un giudizio incentrato sulla legittimità di un atto, rispetto al quale solo l'interesse legittimo oppositivo poteva ricevere tutela (ed anch'esso solo a condizione che all'effetto demolitorio del provvedimento annullato si accompagnasse un chiaro effetto conformativo), ha accolto forme di tutela analoghe a quelle del processo civile, sia pure con le specificità necessarie alla natura delle situazioni soggettive che ne sono oggetto, caratterizzate dalla presenza del potere della p.a. Ed ha permesso così di assicurare al privato il bene della vita cui aspira anche in caso di interesse pretensivo, il quale, per il fatto di mirare ad un *face-re* dell'amministrazione, non è garantito dalla sola pronuncia di annullamento, che raramente si presenta come autonomamente soddisfattiva, ma richiede l'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale.

Già prima del codice del processo amministrativo, l'interesse pretensivo si è avvicinato al traguardo della pienezza della tutela grazie all'opera della giurisprudenza, che ha anticipato forme di tutela poi puntualmente recepite a livello normativo, nella l. 21.7.2000, n. 205. E così si è avuta l'introduzione in via pretoria dell'azione verso il c.d. silenzio rifiuto o silenzio inadempimento, il superamento della tipicità della tutela cautelare, la valorizzazione dell'effetto conformativo con la consequenziale appendice del giudizio di ottemperanza, il riconoscimento della tutela risarcitoria dell'interesse legittimo in quanto tale. Inoltre, si è assistito ad un potenziamento dei mezzi istruttori, con l'ammissione, nell'ambito della giurisdizione di legittimità, del ricorso alla consulenza tecnica, e, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, consentendosi, oltre alla consulenza, il ricorso a tutti i mezzi previsti dal codice di procedura civile, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento.

In questo contesto di progressivo avvicinamento tra forme processuali, civile ed amministrativa, culminato nell'approdo della pluralità delle azioni nel c.p.a., ha trovato la propria collocazione la *traslatio iudicii*, dapprima postulata attraverso i due interventi della Cassazione e della Corte costituzionale, e poi introdotta nell'art. 11 c.p.a. e nell'art. 59 l. n. 69/2009. Un avvicinamento tra le due giurisdizioni, e i relativi tipi di processo, che può essere considerato, a questo punto, come la tappa finale di un *iter* iniziato molti anni addietro.

##### 5. Il principio di effettività in due recenti sentenze della Corte di cassazione

Per cogliere appieno la versatilità del principio di effettività della tutela è opportuno ricordare due recenti, ed importanti, sentenze della Cassazione, che quel principio hanno richiamato in direzioni diverse, facendone applicazione nel processo civile ma con rilievi che interessano anche nella prospettiva del processo amministrativo.

Nella prima pronuncia, resa sul caso CIR-Fininvest<sup>29</sup> il diritto ad un rimedio adeguato è evocato per stabilire la necessità o meno che un'azione risarcitoria, motivata col comportamento corrotto di un giudice che aveva prodotto una sentenza corrotta, alterando così le posizioni delle parti di una transazione che aveva chiuso i rapporti tra le stesse, relativi alla rispettive partecipazioni nelle società del gruppo Mondadori, venisse preceduta dall'impugnazione per revocazione della sentenza e dall'impugnativa negoziale dell'accordo transattivo. Nella seconda pronuncia, in tema di impugnative negoziali<sup>30</sup>, il principio di effettività è tra i valori funzionali del processo, dalla cui analisi prioritaria la Corte muove nell'indagine volta alla corretta individuazione dell'oggetto del processo, per escludere che quell'oggetto possa individuarsi nel diritto potestativo fondato sul motivo di impugnativa dedotto in giudizio, anziché nel rapporto giuridico scaturito dal contratto. Un tema, quest'ultimo, di particolare interesse anche per lo studioso del processo amministrativo, come per tutti coloro che si trovano dinanzi all'interrogativo di quale sia l'oggetto del processo nelle fattispecie nelle quali è presente un profilo di potere.

Nella vicenda CIR-Fininvest, la Cassazione ha ammesso l'autonomia dell'azione risarcitoria, rispetto al previo esperimento della revocazione e indipendentemente dalla rimozione degli effetti della transazione, sul presupposto che solo la possibilità di ripristinare la legittima conformazione dei rapporti giuridici scaturenti dalla sentenza assoggettabile all'impugnazione *ex art. 395, n. 6, c.p.c.*, avrebbe comportato l'obbligo di attivare quel rimedio, con le conseguenti restituzioni *ex art. 402 c.p.c.*: dovendosi al contrario escludere quell'obbligo, quando il ripristino delle posizioni delle parti fosse divenuto oggettivamente impossibile (nella specie, non esistevano più i titoli azionari che avevano costituito il motivo del contendere) e fosse risultata evidente l'inutilità dei rimedi in questione ad ottenere il risultato cui l'attore avesse diritto di aspirare.

Aiutata dal fatto che la transazione, grazie alla sua efficacia preclusiva, aveva impedito che legge del rapporto tra le parti divenisse la sentenza corrotta (che dunque non aveva acquisito autorità di cosa giudicata sostanziale, oltre a non essere neppure passata in giudicato formale al momento dell'intervenuta transazione)<sup>31</sup>, e che perciò la sentenza non era «diventata buona per il codice di procedura», né poteva costituire uno schermo tra il reato e il danno<sup>32</sup>, la Cassazione ha potuto scorgere nella tutela risarcitoria il rimedio adeguato da utilizzare nella specie, escludendo la necessità del rimedio specifico rappresentato dall'impugnativa della transazione.

Ed ha concluso che non vi è dubbio che «la via ordinaria (sia) indicata, con priorità di percorrenza, dallo stesso legislatore, che impone al danneggiato di seguirla», ma ciò non fino al punto del «la sopravvenuta inutilità di tale rimedio e (del)la conseguente, sopravvenuta, carenza di effettività della tutela, in spregio alla stessa norma costituzionale di cui all'art. 24 della Carta costituzionale», dal momento che altro appare il caso in cui si dia la scelta tra rimedio risarcitorio e

mezzi di tutela specifica, altro quello in cui la tutela finisce per essere obbligatoriamente l'una o l'altra, per legge, o anche soltanto per l'inutilità del risultato cui la tutela specifica condurrebbe<sup>33</sup>.

Ciò in consonanza con la tesi sostenuta da chi scrive, per cui l'obbligo di attivare il rimedio specifico si impone, a preferenza del rimedio per equivalente, tutte le volte in cui il risultato avuto di mira con quello strumento sia possibile e utile per chi lo propone. Col corollario che, quando non vi sia né la possibilità né l'utilità del risultato, la via della tutela specifica non dev'essere percorsa ad ogni costo, non potendosi accollare alla parte l'onere di instaurare e proseguire un giudizio sostanzialmente inutile e defatigante.

Che è poi ragione non dissimile<sup>34</sup> da quella che ha portato il legislatore, con riferimento alla questione del rapporto tra illegittimità dell'atto amministrativo e risarcibilità del danno a prescindere dall'impugnativa dello stesso, a risolvere definitivamente il problema che si era posto sul piano sistematico, chiudendo la partita sulla cd. pregiudizialità amministrativa nei termini previsti dall'art. 30 del codice del processo amministrativo, richiamato anche dalla sentenza della Cassazione nella pronuncia in esame.

Nella sentenza sulle impugnative negoziali, la Cassazione ha proceduto all'individuazione dell'oggetto del processo muovendo, prima che da una analisi strutturale della fattispecie, da un'analisi dei valori funzionali del processo.

Tra questi ha incluso – oltre ai principi di corrispettività sostanziale, di stabilità, armonizzazione, concentrazione e giustizia delle decisioni giudiziarie, di lealtà e probità processuale, di uguaglianza formale tra le parti, di economia extra-processuale (quale declinazione del giusto processo inteso anche come esigenza di evitare la eventualità di una moltiplicazione seriale dei processi) – il principio di effettività e l'esigenza di rispetto della non illimitata risorsa-giustizia: una effettività intesa quale «ostacolo insuperabile» (e il richiamo è alla sentenza n. 21255 del 2013, poc' anzi ricordata) «per ogni interpretazione di tipo formalistico e inutilmente defatigante rispetto ai tempi della decisione della causa, che impedisca di offrire alle parti una soluzione “complessiva” già entro il primo, sovente assai lungo procedimento».

Da qui l'inevitabile opzione strutturale verso una strada – necessariamente diversa da quella che, identificando l'oggetto del processo nel potere di impugnare individuato attraverso il motivo di impugnativa, permetta, in caso di rigetto, il reiterarsi del potere – che consenta il definitivo consolidamento della situazione sostanziale dedotta in giudizio e una decisione caratterizzata da stabilità, certezza, affidabilità temporale, coniugate con valori di sistema della celerità e giustizia. Un sistema che eviti di trasformare il processo in un meccanismo potenzialmente destinato ad attivarsi all'infinito.

La conclusione cui giunge la Corte è la necessità di dare ingresso a una visione ampia dell'oggetto del processo, che tenga nella dovuta considerazione

gli inconvenienti della frammentazione di una originaria (ed unitaria) sorgente di rapporti sostanziali in tanti separati rivoli processuali, con la conseguenza che, nelle azioni di impugnativa negoziale (ma il ragionamento si presta ad essere esteso, coi dovuti adattamenti, al processo al licenziamento, a quello alla delibera assembleare e al processo amministrativo), l'oggetto del giudizio non è mai costituito dal potere, ma piuttosto dal negozio, nella duplice accezione di fatto storico e di fattispecie programmatica, e, con esso, dal rapporto giuridico sostanziale che ne scaturisce.

È, quella seguita dalla Corte, una strada seducente, in cui si assiste ad un allargamento del raggio del principio di effettività al punto che, con esso (sia pure letto in una con gli altri valori richiamati dalla Cassazione come valori funzionali del processo), l'interprete arriva a dare risposta ad uno dei temi più complessi del diritto processuale.

## 6. Conclusioni

Effettività della tutela ed efficienza della giurisdizione sono dunque i due obiettivi che il legislatore di questi anni ha cercato di perseguire, nella convinzione che una tutela piena debba offrire una risposta rapida e che lo sviluppo economico del Paese passi anche attraverso il superamento delle ragioni di lentezza della giustizia (Bianco).

Ma, come si è visto, cogliere i termini esatti del rapporto tra garanzie, effettività ed efficienza della giurisdizione è tutt'altro che semplice. L'efficienza del processo contribuisce indubbiamente all'effettività della tutela, ma al tempo stesso le ragioni della prontezza della risposta del sistema processuale non sono necessariamente coincidenti con quelle della migliore tutela, e gli interventi deflattivi del contenzioso e le tecniche di accelerazione e semplificazione del giudizio, pur migliorando la situazione complessiva della giurisdizione, possono penalizzare le posizioni individuali.

Prendiamo il caso degli interventi deflattivi.

L'obiettivo avuto di mira dal legislatore è quello di un processo che, una volta diventato più efficiente, possa contribuire anche al miglior funzionamento di strumenti diversi dalla risposta giudiziale, quali la mediazione e l'arbitrato. Strumenti, che un tempo aprivano il codice processuale civile (era così nel codice del 1865), in considerazione del rilievo che l'interesse sociale alla definizione dei litigi può dirsi soddisfatto «anche quando le parti pongano da sole fine alla controversia, o quando da sole provvedano ai mezzi che stimano opportuni per darle termine» (così la relazione Pisanelli), e che successivamente sono stati relegati a meccanismo secondario, sul diverso presupposto che non fosse possibile un sacrificio della sovranità, detentrica della giurisdizione, alla libertà degli individui.

Questo presupposto oggi può essere riconsiderato alla luce di un sistema più moderno di tutela dei diritti, quale quello che col tempo si è venuto delineando, e le c.d. ADR (il riferimento è soprattutto ai tentativi obbligatori di conciliazione, perché l'arbitrato è assai più accettato nel dibattito in materia) possono vedersi assegnato un ruolo che non sia soltanto quello, mortificante, dell'alternativa necessaria ad una giurisdizione statale di per sé non competitiva. È quanto è avvenuto col d.lgs. 4.3.2010, n. 28, o quanto si vorrebbe introdurre, nel processo amministrativo, con la legge delega 28.1.2016, n. 11 e con il decreto legislativo 18.4.2016, n. 50, per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nel rispetto, tra gli altri, del principio di razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto. O, ancora, quanto è già previsto con le norme in materia di ricorsi amministrativi, accordo bonario, risoluzione stragiudiziale della controversia in alternativa alla diffida che precede il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici (c.d. *class action* verso la p.a.), tentativo di conciliazione per il lavoro alle dipendenze dell'amministrazione (sul tema Ramajoli, 2014 e 2015).

Eppure quelle tecniche vengono lette dalla maggior parte degli operatori in chiave principalmente, se non esclusivamente, deflattiva, col conseguente inevitabile timore del *vulnus* arrecato al principio costituzionale per cui tutti debbono poter agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi.

È in questa chiave che è stato provocato l'intervento della Corte costituzionale sull'obbligatorietà della mediazione nel d.lgs. n. 28/2010, anche sul rilievo che «la mediazione può essere obbligatoria, oppure onerosa, ma non le due cose insieme», poiché non si lascia la libera scelta alla parte e si subordina l'accesso al giudice al pagamento di una somma di denaro «che non può considerarsi di modestissima, e nemmeno di modesta, entità» e che «non va allo Stato, bensì ad un organismo, che potrebbe addirittura avere natura privata»: col che se la mediazione, com'è nel nostro sistema, «è tanto obbligatoria quanto onerosa, allora è incostituzionale»<sup>35</sup>.

Ciò anche se poi la declaratoria di incostituzionalità è avvenuta tutta nella diversa prospettiva dell'eccesso di delega<sup>36</sup>, e la centralità della mediazione nel quadro del sistema della giustizia civile è stata riaffermata col d.l. 21.6.2013, n. 69 (*Misure urgenti per il rilancio economico del Paese*), convertito in l. 9.8.2013, n. 98, col quale è stata reintrodotta l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, superandosi così la dichiarazione di incostituzionalità.

Insomma, e il discorso può essere esteso all'introduzione dei filtri che ha caratterizzato l'ultima stagione legislativa o all'aumento dei costi della giustizia: anche se la rapidità della risposta giudiziale – che si assicura con un processo efficiente – è una componente dei principi del giusto processo, e contribuisce ad assicurare l'effettività della tutela (come dimostra la considerazione del rimedio cautelare atipico come elemento essenziale ed ineliminabile della tutela giurisdizionale, in ossequio alla direttiva per cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, nella sentenza n. 190/1985 della Corte costituzionale), ciò non toglie che si possa avere uno scontro tra principi e prospettive, e che ciò imponga una rinnovata riflessione su quale, tra le due, debba prevalere, tenuto conto della necessità di una particolare cautela nel valutare la giurisdizione in termini di efficienza, come se si trattasse di una qualsiasi altra funzione amministrativa<sup>37</sup>.

## Note

- <sup>1</sup> Il riferimento è a quelle forme di giurisdizione condizionata che presuppongono tentativi obbligatori di conciliazione prima dell'avvio del processo, che tanta parte hanno avuto in questi anni nell'opera del legislatore, fino a culminare nel d.lgs. 4.3.2010, n. 28, col quale si è previsto che, in determinate materie, l'esperimento della mediazione sia condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Sul rapporto tra questa previsione e l'art. 24 Cost., v. C. cost., 6.12.2012, n. 272, in *Corr. giur.*, 2013: 257, con mio commento *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della corte costituzionale 6 dicembre 2012 n. 272*. V. inoltre C. giust., 18.3.2010, C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08 riunite, *Rosalba Alassini v. Telecom Italia SpA, Filomena Califano v. Wind SpA, Lucia Anna Giorgia Iacono v. Telecom Italia SpA and Multiservice Srl v. Telecom Italia SpA*, in *Foro it.*, 2010, IV: 361, con note di G. Armone e P. Porreca, per la quale il tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale può operare come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali, «purché la procedura obbligatoria non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti».
- <sup>2</sup> Sulle radici storico-ideali della vicinanza tra diritto sostanziale e processo nell'opera dei Maestri, v. le riflessioni di Consolo, 2013. Più in generale sul rapporto tra diritto civile e processo, v. Consolo, 2016.
- <sup>3</sup> Sull'evoluzione che ha portato dal richiamo alle norme dei trattati, nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, all'elaborazione, ad opera questa volta della Corte di giustizia, di un principio generale del diritto comunitario che è divenuto parte essenziale della 'costituzione comunitaria' e che si concreta non tanto (o soltanto) nel potere di iniziativa del singolo di adire un tribunale e di godere di determinate garanzie di procedura in un'azione civile in corso, quanto nel diritto del singolo a che il giudizio a che il giudizio concretamente instaurato trovi il suo sbocco in un provvedimento di tutela idoneo ad assicurare la piena soddisfazione dell'interesse azionato, v. Trocker, 2011: 107 sgg., e particolarmente, sul diritto alla tutela giurisdizionale come diritto ad un rimedio effettivo, 128 sgg. V. anche, da ultimo, Romito, 2015.
- <sup>4</sup> In origine, infatti, la Corte costituzionale, quando è stata chiamata a pronunciarsi sul significato del riconoscimento del diritto di azione, ha affrontato il tema dell'effettività da un angolo visuale che involgeva più i profili soggettivi e tecnici del diritto alla tutela, che non quelli – per così dire – contenutistici. Soprattutto in passato, nella maggior parte dei casi le pronunce dichiarative di illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 24, hanno riguardato o disposizioni che pregiudicavano la possibilità di accesso al giudizio, oppure quelle che limitavano i poteri processuali, indispensabili per ottenere tutela.
- <sup>5</sup> Se guardiamo agli insegnamenti della giurisprudenza comunitaria (v. i casi Von Colson e Marshall, citati *infra*, alla nota 20), vediamo che la Corte di Giustizia non censura la scelta degli Stati a favore della tutela risarcitoria piuttosto che di quella cd. specifica, con ciò evitando di imporre sulla base di astrazioni concettuali soluzioni relative agli apparati sanzionatori. La Corte è consapevole che non è possibile né utile compiere una scelta aprioristica tra rimedio risarcitorio e mezzi di tutela specifica, sia perché in certi sistemi il primo è uscito dalle sue dimensioni tradizionali ed ha saputo rispondere anche alla lesione di posizioni a contenuto non patrimoniale; sia perché il singolo potrebbe essere stimolato ad agire in giudizio più dalla prospettiva di un sostanzioso ritorno pecuniario che non dalla prospettiva dell'esercizio, magari solo astrattamente vittorioso perché non eseguibile coattivamente, di un'azione inibitoria; sia perché, infine, nulla vieta di caricare il risarcimento anche di una tinta punitivo-afflittiva: ciò che il diritto comunitario impone agli ordinamenti nazionali non è dunque l'ossequio ad astratte correlazioni tra diritto sostanziale e processo, bensì il rispetto del canone di adeguatezza tra esigenze di tutela e forme di tutela disponibili: sul punto, v. Trocker, 2011: 139-140.
- <sup>6</sup> C. cost., 14.10.1993, n. 376, in *Cons. Stato*, 1993, II, 1694; C. cost., ord., 8.2.2006, n. 44, in *Giur. cost.*, 2006: 348.

- <sup>7</sup> Così C. cost., 6.12.2012, n. 272, richiamandosi a C. cost., 21.1.1988, n. 73, in *Foro it.*, 1988, I: 1366, e C. cost., 13.4.1977, n. 63, *ivi*, 1977, I: 1052.
- <sup>8</sup> Come osserva Caponi, 2010: 8 sgg., il principio di proporzionalità scolpito nell'art. 1 delle *Rules of civil procedure* inglesi, inteso nel senso di cui nel testo, «può essere ambientato nell'esperienza processuale italiana come un aspetto del valore costituzionale della efficienza nella disciplina del processo, che si desume dall'affermazione della sua ragionevole durata (art. 111, comma 2, Cost.)». Si ispira a quel principio l'art. 0.8 (Efficienza del processo civile) del progetto di nuovo codice di procedura civile redatto da Andrea Proto Pisani (Proto Pisani, 2009: 1 sgg.), per il quale «è assicurato un impiego proporzionato delle risorse giudiziali rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia entro un termine ragionevole, tenendo conto della necessità di riservare risorse agli altri processi». Nell'esperienza giuridica che lo ha maggiormente elaborato, quella tedesca, il principio di proporzionalità richiede che l'adozione di un provvedimento per il perseguimento di un certo scopo sia appropriata (*geeignet*, cioè in grado di realizzare lo scopo o quanto meno di agevolarne in modo sensibile la realizzazione), necessaria (*erforderlich*, cioè che non vi sia alcun altro mezzo migliore per raggiungere lo scopo) e adeguata (*angemessen*, ovvero proporzionata in senso stretto, cioè che gli effetti collaterali negativi arrecati dal provvedimento non siano sproporzionati rispetto ai vantaggi da esso arrecati, ciò che richiede una valutazione comparativa dei vantaggi e degli svantaggi).
- <sup>9</sup> L'adozione di forme processuali particolari per particolari situazioni sostanziali (com'è avvenuto con la riforma del processo del lavoro del 1973, con la predisposizione di tutele sommarie non cautelari a protezione di determinati tipi di credito e dei diritti del locatore, o in reazione a pratiche antisindacali o discriminatorie, con la sperimentazione, poi abortita, di un rito apposito per le controversie commerciali, col c.d. rito Fornero, nonché con un impiego sempre più ampio del processo camerale in materia di giurisdizione contenziosa e non soltanto di giurisdizione volontaria) è scelta a cavallo tra esigenze di efficienza del sistema e garanzia, per il singolo, di un rimedio effettivo (ma con possibile penalizzazione degli 'altri', che non godono di identica protezione, e che anzi possono scontare gli effetti dell'introduzione di meccanismi più efficienti per alcune situazioni soggettive diverse da quella di cui sono titolari: come può accadere con l'impiego di corsie preferenziali, quali quella prevista per l'impugnativa dei licenziamenti nell'art. 1, co. 47 sgg., l. 28.6.2012, n. 92 c.d. rito Fornero, oggi soppresso per i licenziamenti di cui al d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23). Si veda sul punto la nota polemica tra Andrea Proto Pisani (Proto Pisani, 1978 e 1979), favorevole alla previsione di riti speciali a protezione di interessi di rilievo costituzionale ritenuti bisognosi di particolare tutela, e Giovanni Verde (Verde, 1978, e 1984), critico rispetto alla tendenza legislativa a prevedere procedimenti differenziati per l'azionabilità di determinate situazioni giuridiche e all'utilizzo di tali procedimenti da parte dei giudici per fornire protezione a interessi considerati non suscettibili di ricevere tutela in sede giurisdizionale in quanto presi in considerazione dal legislatore attraverso norme programmatiche.
- <sup>10</sup> Con riferimento al processo civile, con d.m. 9 febbraio 2016 è stato istituito, presso il Ministero della Giustizia, un gruppo di lavoro sulla sinteticità degli atti giudiziari, per la formulazione di proposte normative relativamente al giudizio di cassazione. Con decreto del 28 luglio successivo la prospettiva di approfondimento del principio di sinteticità è stata estesa a possibili ulteriori applicazioni nei giudizi di merito.
- <sup>11</sup> Prevedendo ad esempio, nell'art. 40, una modifica all'art. 120, co. 6, c.p.a., per la quale «Il giudizio, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi (entro quarantacinque giorni) dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. [...] (Al fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con il principio di sinteticità di cui all'art. 3, comma 2, le parti contengono le dimensioni del ricorso e degli altri atti difensivi nei termini stabiliti

con decreto del Presidente del Consiglio di Stato, sentiti il Consiglio nazionale forense e l'Avvocato generale dello Stato, nonché le associazioni di categoria riconosciute degli avvocati amministrativisti. Con il medesimo decreto sono stabiliti i casi per i quali, per specifiche ragioni, può essere consentito superare i relativi limiti. Il medesimo decreto, nella fissazione dei limiti dimensionali del ricorso e degli atti difensivi, tiene conto del valore effettivo della controversia, della sua natura tecnica e del valore dei diversi interessi sostanzialmente perseguiti dalle parti. Dai suddetti limiti sono escluse le intestazioni e le altre indicazioni formali dell'atto. Il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti; il mancato esame delle suddette questioni costituisce motivo di appello avverso la sentenza di primo grado e di revocazione della sentenza di appello». Sul punto v. anche la precisione più generale contenuta nella l. 25 ottobre 2016, n. 197 e nel decreto del Presidente del Consiglio di Stato, del 22 dicembre 2016, n. 167.

<sup>12</sup> In questi termini, C. cost., 12.7.2013, n. 186, in *Giust. civ.*, 2013, I: 2284 e C. cost., 11.6.2014, n. 172, in *Foro it.*, 2014, I: 2283.

<sup>13</sup> C. cost., 4.6.2014, n. 157, in *Foro it.* 2014, I: 2001.

<sup>14</sup> Come ci ricorda Renato Oriani, nel caso Welby non spetta al processualista, ma allo studioso del diritto sostanziale, stabilire se esista «il diritto alla morte da parte di persone colpite da gravissime infermità».

<sup>15</sup> Anche se, come osserva S. Mazzamuto, oggi la legislazione di settore, soprattutto quella di derivazione comunitaria, non si limita più a dare giuridica rilevanza a taluni interessi, ma ascrive al dominio della norma speciale anche la risposta al bisogno di tutela, sicché il giurista si trova già risolto dalla legge scritta il duplice problema della giuridificazione dell'interesse e del corrispondente rimedio (così Mazzamuto, 2015: 40).

<sup>16</sup> Per il diverso discorso che si deve fare quando il rimedio sia invece espressamente escluso, v. *infra*, alla nota 21.

<sup>17</sup> È il comprensibile timore di Verde, 2015: 118.

<sup>18</sup> Da qui il rilievo, riferito al processo amministrativo, che, per affermare la possibilità della domanda di condanna dell'amministrazione, nel caso dell'attività discrezionale, a provvedere in un certo modo (prima della reintroduzione nel CPA dell'azione di adempimento), non sarebbe bastato affermare che l'interesse legittimo, oggi, ha valore di situazione sostanziale, ma sarebbe stato necessario stabilire, innanzitutto, cosa implichi il riconoscimento della spettanza del bene della vita in caso di interesse oppositivo, poiché, diversamente dal diritto civile, il diritto amministrativo sostanziale non seleziona gli interessi, ma demanda all'azione amministrativa, sia pure sottoponendola ad una serie di condizioni, l'individuazione e la scelta dell'interesse che deve prevalere nel caso concreto. Sul punto, v., *amplius*, Pagni, 2012c: 334 sgg.

<sup>19</sup> Basti ricordare l'influenza del pensiero di Chiovenda sulla sentenza di cui Andrioli fu estensore (C. cost. 28.6.1985, n. 190, in *Foro it.*, 1985, I: 1881, con nota di A. Proto Pisani) e con la quale fu esteso al processo amministrativo, che prevedeva come misura cautelare la sola sospensiva, l'intero contenuto dell'art. 700 c.p.c. O vedere, come ci ricorda lo stesso A. Proto Pisani (Proto Pisani, 2014: 831-832 n. 1), quanta parte ha avuto il principio chiovendiano nel suo pensiero e nel tentativo di superare, attraverso il richiamo all'art. 388 c.p., l'assenza di un sistema atipico di misure coercitive a garanzia dell'attuazione di provvedimenti di condanna a non fare o a *facere* infungibili.

<sup>20</sup> In argomento, v. Trocker, 2011: 128 sgg. Sul punto, è appena il caso di richiamare le note pronunce C. giust., 10.4.1984, C-14/83, *Von Kolson e Kamann v. Land Renania del Nord-westfalia*, in *Foro it.*, 1985, IV: 59; C. giust., 15.5.1986, C-222/84, *Marguerite Johnston v. Chief Constable of The Royal Ulster Constabulary*, in *Raccolta*, 1986, I: 1651; C. giust., 19.6.1990, C-213/89, *Factortame Ltd v. Secretary of State for Transport*, in *Foro it.*, 1992, IV: 498; C. giust., 21.2.1991, C-143/88 e C-92/89 riunite, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG v. Hauptzollamt Itzehoe, Zuckerfabrik Soest GmbH and Hauptzollamt Paderborn*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992: 125; C. giust., 19.11.1991, C-6/90 e C-9/90 riunite, *Andrea Francovich*

v. *Repubblica Italiana and Danila Bonifaci e altri v. Repubblica italiana*, in *Foro it.*, 1992, IV: 145; C. giust., 9.11.1995, C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH and Others (I) v. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996: 336.

- <sup>21</sup> Nel qual caso, sul presupposto che l'interrogativo circa il rapporto tra tutela specifica e per equivalente debba essere risolto con l'affermazione della priorità della prima (e perciò dell'atipicità del rimedio che mira al raggiungimento dell'interesse protetto e la necessità, all'opposto, di una previsione espressa per la misura che, in sostituzione, offra l'equivalente della prestazione), si è concluso che il primo compito dell'interprete sia non già quello di arrestarsi dinanzi alla constatazione che il legislatore sostanziale abbia voluto connotare in chiave limitata e ridotta la situazione soggettiva, ma piuttosto quello di tentare ogni lettura possibile per integrare l'assetto di rimedi che si mostri lacunoso e incompleto e perciò in contrasto col principio di effettività della tutela (che è quanto ha fatto, sia pure, per la peculiarità della vicenda, e dunque là nella direzione opposta della tutela risarcitoria, riconosciuta indipendentemente dalla rimozione degli effetti della sentenza resa in conseguenza del dolo del giudice, la nota pronuncia Cass., III, 17.9.2013, n. 21255, in *Foro it.*, 2013, I: 3121, della quale diremo nel testo); e che solo quando ciò non sia *in alcun modo* possibile si debba riconoscere di essere dinanzi ad una sorta di esproprio 'indennizzato' (e non già ad una diversa connotazione, in chiave monetaria, dell'interesse protetto), voluto per la ritenuta prevalenza, peraltro sempre sindacabile in linea teorica (e non solo sotto il profilo della razionalità della scelta normativa, ma anche sotto il profilo della compatibilità con l'art. 24 Cost., nonché col più generale contesto, rappresentato dall'ordinamento internazionale, nel quale il nostro si iscrive), di interessi giudicati superiori dal legislatore sostanziale. È questa la (misurata) conclusione cui siamo arrivati in Pagni, 2004, senza la forzatura che ci imputa Oriani, 2008: 55 sgg., ossia che ogni qualvolta il legislatore sostanziale ponga limiti alla tutela in forma specifica sorgerebbe per ciò solo un problema di costituzionalità, che avremmo inteso risolvere sempre e comunque con la dichiarazione di incostituzionalità della norma limitativa.
- <sup>22</sup> Tra le tante, si veda, Pret. Roma, 4.6.1980, in *Giust. civ.*, 1980, I: 1990; Pret. Roma, 22.5.1973, *ivi*, 1973, I: 1435; Pret. Roma, 9.5.1977, in *Foro it.*, 1977, I: 2576; Pret. Roma, 12.5.1977, in *Giust. civ.*, 1977, I: 1625.
- <sup>23</sup> Cass., S. U., 7.7.2004, n. 12505, in *Foro it.*, 2004, I: 3038 sgg.; Cass., I, 23.6.2010, n. 15218, in *Fall.*, 2010, 1248, con nota di M. Montanari; Cass., I, 15.12.2011, n. 27093, in *Giust. civ.*, 2012, I: 1487, con nota di A. Didone.
- <sup>24</sup> Cass., I, 24.7.2009, n. 17405, in *Foro it.*, 2009, I: 17405.
- <sup>25</sup> Avvenuta con l'ordinanza Cass., I, 4.12.2013, n. 2711, in [www.ilfallimento.it](http://www.ilfallimento.it).
- <sup>26</sup> Cass., S. U., 16.09.2015, n. 18131, in *Fall.*, 2015, 1284, con mio commento: Pagni, 2015b.
- <sup>27</sup> Cons. St., Ad. Pl., 23.3.2011, n. 3, in *Corr. giur.*, 2011, 979, con nota di Scoca, 2011: 547 (m), con nota di Maddalena, 2011: 995 (m), con nota di Lamberti, 2011: 962, con nota di Cortese, 2011: 64, con nota di Palliggiano, 2011: 694, con nota di Gallo, 2011.
- <sup>28</sup> In *Foro it.*, 1999, I: 2487.
- <sup>29</sup> Cass., III, 17.9.2013, n. 21255, in *Riv. dir. proc.* 2014: 26, con commento di Colesanti, 2014. Si veda anche, nella medesima rivista, Pagni, 2014: 851 sgg.
- <sup>30</sup> Cass., S. U., 12.12.2014, n. 26242, in *Foro it.*, 2015, I: 862, con note di Adorno, 2015; Di Ciommo, 2015; Menchini, 2015; S. Pagliantini, 2015a; Palmieri, Pardolesi, 2015; Proto Pisani, 2015: 70 (m), con nota di Pagni, 2015a: 1386 (m), con nota di Bove, 2015: 88 (m), con nota di Carbone, 2015: 225, con nota di Consolo, Godio, 2015: 299, con note di Pagliantini, 2015b; Rizzo, 2015; Scognamiglio, 2015: 113 (m), con nota di Pagliantini, 2015c; in *Giusto processo civ.*, 2015: 137 (m), con nota di Pagliantini, 2015b: 592, con nota di Fornasari, 2015.
- <sup>31</sup> Non vi è ragione perciò, dal momento che la transazione aveva impedito il passaggio in giudicato della sentenza, di temere che, in nome del principio di effettività, si sia finito per abrogare regole esplicite dell'ordinamento processuale, come osserva invece Colesanti, 2014,

il quale rileva che il rischio della prospettiva aperta dalla Suprema Corte è che si attribuisca, al processo, «una valenza solo «ornamentale»», mentre il processo «ha le sue regole, che non si possono degradare a visione meramente predicatoria del processo stesso, senza con ciò scardinare *ab imis* tutto il tessuto dell'ordinamento». E la legge del processo è che «non vi è nulla di strano se il non accorto utilizzo degli strumenti processuali conduce ad un esito negativo, insoddisfacente per chi, pur aspirando a vedersi tutelato, ha perso la stessa possibilità di veder valutata nel merito la fondatezza o non delle sue pretese», mentre il fatto che non si possa conoscere e giudicare su quel che è già stato giudicato non può significare non tenere conto dell'effettività della tutela e del giusto processo. Il rilievo è corretto, ma nella vicenda che ci occupa, come si è detto, il principio di effettività è richiamato sul presupposto dell'intervenuto effetto preclusivo della transazione, e perciò dell'impedimento alla formazione del giudicato rappresentato da quest'ultima. Secondo la Cassazione, infatti, «prima del passaggio in giudicato (anche solo formale) della sentenza capitolina, si era consumato, rispetto ai diritti e agli obblighi come con essa regolati, un effetto preclusivo scaturente dalla convenzione negoziale di transazione», tale non solo da modificare l'assetto dei rapporti sostanziali, ma anche – e il punto è centrale – da rendere irrilevante «tutto quanto accaduto sul piano processuale», e da impedire, perciò, il consolidarsi della pronuncia e il formarsi del giudicato, formale e sostanziale. Negli stessi termini, seppur parlando di efficacia estintiva, anziché preclusiva, del *factum superveniens*, Proto Pisani, 2014: 536-537, per il quale l'accordo-transazione del 29 aprile 1991, risolvendo consensualmente i contratti da cui traeva origine la controversia, privò di oggetto il processo arbitrale prima e giudiziale poi, e conseguentemente si pose come fatto estintivo «anche rispetto all'idoneità dell'accertamento contenuto nella sentenza della Corte d'appello di Roma del 24 gennaio 1991 ad acquistare autorità di cosa giudicata sostanziale». In proposito Proto Pisani precisa (Proto Pisani, 2014: 538-539) che, una volta intervenuta la rinuncia al ricorso in cassazione, e il passaggio in giudicato formale della sentenza di appello, la necessità di guardare, per stabilire il referente temporale del giudicato, al momento della precisazione delle conclusioni in appello, e non all'estinzione del giudizio di cassazione, fa sì che «il giudicato sostanziale [fosse] destinato ad essere – o, più esattamente, [fosse] già stato – travolto dal fatto sopravvenuto transazione, e, come tale, non sarà mai spendibile in un secondo processo fra le parti».

<sup>32</sup> Che è quanto ritiene invece Sassani, 2013. L'Autore è ritornato sul tema in Sassani, 2015, cui replicheremo in altra sede.

<sup>33</sup> La pronuncia è ben attenta a non attribuire al principio di effettività una valenza eversiva di regole processuali, ma a utilizzarlo in un contesto più ampio, in cui il vero punto nodale è rappresentato, come ricordato, dagli effetti «dell'esistenza e della sopravvenienza, sul piano sostanziale, di una transazione tombale, riferibile a quei medesimi fatti oggetto del giudizio dinanzi alla corte d'appello romana».

<sup>34</sup> Non è d'accordo Boccagna, 2014: 526, il quale osserva che il principio secondo cui la mancata tempestiva richiesta di annullamento dell'atto amministrativo non fa sì che questo diventi valido o cessi di essere rilevante la contrarietà del comportamento della p.a. alla sua regola, non può essere applicato alla sentenza, che è l'atto al quale è affidata la determinazione della volontà concreta dell'ordinamento. Ma ancora una volta dobbiamo ricordare che nel caso di specie era intervenuta una transazione cui la Cassazione ha ritenuto di attribuire, oltre agli effetti sul piano sostanziale, anche un'efficacia preclusiva della rilevanza dei fatti processuali intervenuti in precedenza, impedendo così – a giudizio della Corte – che si potesse ragionare di passaggio in giudicato formale e sostanziale della pronuncia della Corte d'appello di Roma. Nel senso che il richiamo all'art. 30 del codice del processo amministrativo ben esprima l'idea che anche nei rapporti tra privati, dove la tutela non può essere da meno, «l'esistenza del contratto, anche se non demolito in via di impugnazione, ma con un prodotto "tossico" nel suo seno, non può fare da copertura, neanche in negativo, agli interessi in esso rappresentati e realizzati», Di Majo, 2013: 1104-1105.

- <sup>35</sup> Così Scarselli, 2011. Osserva inoltre l'Autore che «sembra evidente, infatti, che il legislatore possa prevedere la mediazione come scelta libera e cosciente della parte, e in questi casi, quindi, anche prevedere che, chi la scelga, debba pagare il servizio; oppure il legislatore può subordinare l'esercizio della funzione giurisdizionale ad un previo adempimento, se questo è razionale e funzionale ad un miglioramento del servizio giustizia, ed in questo senso, come è avvenuto con l'art. 410 c.p.c., può anche prevedere un tentativo obbligatorio di conciliazione, ma senza costi. Se viceversa il tentativo obbligatorio di conciliazione ha un costo, e questo costo non è meramente simbolico, come avviene con l'art. 16 d.m. 180/10, allora, nella sostanza, il sistema subordina l'esercizio della funzione giurisdizionale al pagamento di una somma di denaro. E, la media-conciliazione sta in contrasto con i nostri valori costituzionali, e in violazione dell'art. 24 Cost.».
- <sup>36</sup> C. cost., 6.12.2012, n. 272.
- <sup>37</sup> Sulle difficoltà di valutare in termini di efficienza la giurisdizione, visto il peculiare profilo funzionale che la connota, v. Luciani, 2014: 27 sgg.

*Riferimenti bibliografici*

- Adorno M. 2015, *Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: il nuovo intervento delle sezioni unite*, in *Foro it.*, I: 909 sgg.
- Andrioli V. 2007, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *Scritti giuridici*, I, Giuffrè, Milano: 3 sgg.
- Bianco M., *Giustizia civile: i problemi e le loro radici*, Rapporto del Servizio Studi di struttura economica e finanziaria della Banca d'Italia.
- Boccagna S. 2014, *Corruzione di un componente del collegio, mancata impugnazione della sentenza e risarcimento del danno: riflessioni in margine alla sentenza della Cassazione sul «lodo Mondadori»*, in *Corr. giur.*: 522 sgg.
- Bove M. 2015, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, in *Giur. it.*: 1387 sgg.
- Calamandrei P. 1937, *Studi sul processo civile*, VI, Cedam, Padova.
- 1965, *Processo e giustizia*, discorso inaugurale del Congresso internazionale di diritto processuale civile, tenutosi a Firenze nel 1950, ora pubblicato in *Opere giuridiche*, I, Morano, Napoli: 576 sgg.
- Capaccioli E. 1978, *Per l'effettività della giustizia amministrativa (saggio sul giudicato amministrativo)*, in *Diritto e processo*: 447 sgg.
- Caponi R. 2010, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: risolti in tema di «class action»*, in <<http://www.giustamm.it/private/new-2010/ART-3730.htm>> (12/2016).
- Carbone V. 2015, *“Porte aperte” delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto*, in *Corr. giur.*: 88 sgg.
- Chiovenda G. 1930, *Della azione nascente dal contratto preliminare*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Giuffrè, Milano: 101 sgg.
- Clarich M. 2010, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e nuove tutele*, in <[https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mdax\\_nzez/-edisp/intra\\_064007.htm](https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mdax_nzez/-edisp/intra_064007.htm)> (12/2016); nonché in *Giorn. dir. amm.*: 1121 sgg.
- Colesanti V. 2014, *La revocazione è diventata un istituto inutile?*, in *Riv. dir. proc.*: 26 sgg.
- Comoglio L.P. 1991, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*: 673 sgg.
- Comoglio P. 2014, *Il giudice specializzato in materia d'impresa*, Giappichelli, Torino.
- Consolo C. 2013, *Diritto civile e diritto processuale*, in *Atti del convegno “Il diritto civile e gli ‘altri’”, organizzato dall’Associazione Civilisti Italiani (Roma 2-3 dicembre 2011)*, Giuffrè, Milano: 335 sgg.
- 2016, *Passaggiate e passacaglie sul confine tra diritto civile e processuale*, Utet, Torino.
- Consolo C., Godio F. 2015, *Patologia del contratto e (modi dell’)accertamento processuale*, in *Corr. giur.*: 225 sgg.
- Cortese F. 2011, *L’adunanza plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giorn. dir. amm.*: 962 sgg.

- Denti V., Taruffo M. 1987, *La rivista di diritto processuale civile*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVI: 632 sgg.
- Di Ciommo F. 2015, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*, in *Foro it.*, I: 922 sgg.
- Di Majo A. 1989, *Forme e tecniche di tutela*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene, Napoli: 11 sgg.
- 2005, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa e dir. privato*: 341 sgg.
- 2013, *La «via di fuga» nel torto aquiliano*, in *Europa dir. priv.*: 1098 sgg.
- Fornasari R. 2015, *Il rilievo officioso della nullità: un presidio a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento*, in *Danno e resp.*: 594 sgg.
- Gallo C.E. 2011, *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice*, in *Urb. e appalti*: 694 sgg.
- Lamberti C. 2011, *La cooperazione del danneggiato nella domanda risarcitoria: un apprezzabile compromesso?*, in *Corr. merito*: 995 sgg.
- Luciani M. 2014, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*.
- Maddalena M.L. 2011, *La fine della c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Corr. merito*: 547 sgg.
- Matscher F. 2000, *La nuova Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*: 217 sgg.
- Mazzamuto S. 2015, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino.
- Menchini S. 2015, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal supporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Foro it.*, I: 931 sgg.
- Merusi F. 1979, *Verso un'azione di adempimento*, in *Il Processo amministrativo. Scritti in onore di Giovanni Miele*, Giuffrè, Milano: 331 sgg.
- Nigro M. 2002, *Giustizia amministrativa* (VI ed.), a cura di E. Cardi, A. Nigro, il Mulino, Bologna.
- Oriani R. 2008, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Pagliantini S. 2015a, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: quid iuris?*, in *Foro it.*, I: 928 sgg.
- 2015b, *“Parigi val bene una messa”? le Sezioni Unite su rilievo d'ufficio della nullità e c.d. giudicato implicito*, in *Giusto processo civ.*: 137 sgg.
- 2015c, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione... a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in *Contratti*: 113 sgg.
- 2015d, *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II: 185 sgg.
- Pagni I. 2004, *Tutela specifica e per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Giuffrè, Milano.

- 2012a, *Competenze e specializzazioni*, in *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale – Atti del 6° Convegno Nazionale SISDIC*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli: 387 sgg.
  - 2012b, *Linee e percorsi della tutela dei diritti dall'unificazione ad oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*: 1137 sgg.
  - 2012c, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*: 328 sgg.
  - 2012d, *Linee e percorsi della tutela dei diritti dall'unificazione ad oggi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*: 1137 sgg.
  - 2013, *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della corte costituzionale 6 dicembre 2012 n. 272*, in *Corr. giur.*: 262 sgg.
  - 2014, *Il difficile rapporto tra tutela specifica e tutela per equivalente alla prova del caso CIR-Fininvest*, in *Riv. dir. proc.*: 850 sgg.
  - 2015a, *Il «sistema» delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*: 71 sgg.
  - 2015b, *Lo scioglimento del contratto preliminare ad opera del curatore dopo le Sezioni Unite*, in *Fall.*: 1304 sgg.
- Palligiano G. 2011, *Diventa inammissibile la richiesta di risarcimento proposta a distanza di tempo dal provvedimento*, in *Guida dir.*, 15: 76 sgg.
- Palmieri A., Pardolesi R. 2015, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*, in *Foro it.*, I: 916 sgg.
- Proto Pisani A. 1978, *Note minime sulla c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, in *Dir. e giur.*: 534 sgg.
- 1979, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, Relazione presentata al XIII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, svoltosi a Catania il 28-30 settembre 1979, ora pubblicata in *Riv. dir. proc.*: 536 sgg.
  - 1983, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, V: 127 sgg.
  - 2009, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, V: 1 sgg.
  - 2014a, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Giusto proc. civ.*: 825 sgg.
  - 2014b, *Primo parere*, in *Corr. giur.*: 536 sgg.
  - 2014c, *Secondo parere*, in *Corr. giur.*: 538-539.
  - 2015, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*, in *Foro it.*, I: 916 sgg.
- Ramajoli M. 2014, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. Amm.*: 1 sgg.
- 2015, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*: 481 sgg.
- Rizzo N. 2015, *Il rilievo d'ufficio della nullità presa sul serio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I: 315 sgg.

- Romito A.M. 2015, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Cacucci, Bari.
- Sassani B. 2013, *C'era una volta lo Stato di diritto. Spigolature d'istinto sul "diritto processuale" della Corte Suprema*, in <<http://www.judicium.it/admin/saggi/499/B.%20Sassani%2023.9.2013-%2021.08.2011.pdf>> (12/2016).
- 2015, *In difesa del senso comune – Noterelle intorno al dolo del giudice e al suo libero apprezzamento in sede risarcitoria*, in *Foro it.*, I: 2910 sgg.
- Scarselli G. 2011, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.leg. 28/10*, in *Foro it.*, V: 54 sgg.
- Scoca F.G. 2011, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*: 979 sgg.
- Scognamiglio C. 2015, *Il pragmatismo dei principi: le Sezioni Unite ed il rilievo officioso delle nullità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II: 197 sgg.
- Trocker N. 2005, *Processo e giustizia: attualità del pensiero di Piero Calamandrei*, in S. Merlini (a cura di), *P. Calamandrei rettore dell'Università di Firenze. La democrazia, la cultura, il diritto*, Giuffrè, Milano: 51 sgg.
- 2011, *La formazione del diritto processuale europeo*, Giappichelli, Torino.
- Verde G. 1978, *Le tecniche processuali come strumento di politica del diritto*, prolusione al Corso per i praticanti procuratori organizzato dal Consiglio dell'Ordine di S.M. Capua Vetere per l'anno 1977-1978, tenuta in quella città il 19 novembre 1977, ora pubblicata in *Dir. e giur.*: 241 sgg.
- 1984, *Unicità e pluralità dei riti nel processo civile*, relazione all'incontro di studio su *Problemi e prospettive del processo civile*, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura e svoltosi ad Orvieto dal 9 al 12 febbraio 1984, ora pubblicata in *Riv. dir. proc.*: 659 sgg.
- 2015, *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale* (IV ed.), Zanichelli, Bologna.

# L'EFFICIENZA DELLA TUTELA ALLA PROVA DELLE AZIONI DISPONIBILI NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO E DELLE RELATIVE CONDIZIONI

*Fabrizio Figorilli*

SOMMARIO – 1. La conquista dell'effettività e della centralità della situazione giuridica soggettiva del singolo. 2. (*segue*) Cenni sul sistema delle azioni oggi disciplinate dal codice del processo amministrativo. 2.1 L'azione cautelare. 2.2 L'azione risarcitoria. 2.3 L'azione avverso il silenzio e la c.d. azione di adempimento. 2.4 L'azione per l'esecuzione del giudicato. 3. Gli intervenenti della giurisprudenza e le modifiche del legislatore in materia di condizioni dell'azione in funzione di un modello processuale efficiente. 4. La tutela avanti al giudice ordinario. 5. Primo bilancio sulle tendenze in atto nell'attuale sistema di giustizia amministrativa tra effettività ed efficienza.

## *1. La conquista dell'effettività e della centralità della situazione giuridica soggettiva del singolo*

Sono sufficientemente noti gli elementi che hanno accompagnato l'evoluzione del modello processuale nei confronti delle determinazioni amministrative nel periodo che va dal 1865 alla Costituzione. Dopo l'entrata in vigore della Carta, il tratto unificante delle trasformazioni del processo amministrativo sembra ispirarsi alla progressiva attuazione del principio di effettività della tutela (artt. 24 e 113 Cost.), cercando di fornire strumenti adeguati sul piano processuale al riconoscimento, sul piano sostanziale, della natura dell'interesse legittimo come autentica situazione di natura soggettiva. In altre parole, si è venuto realizzando, nell'arco di questi ultimi decenni, un sistema di tutela giurisdizionale originariamente nato e predisposto dal legislatore per assicurare forme di protezione di natura prevalentemente oggettiva in grado di garantire l'interessato dall'azione illegittima dei pubblici poteri.

Ed invero, conformemente agli insegnamenti della dottrina che in passato si è a lungo soffermata – in maniera persuasiva e convincente – sul ruolo svolto dalla Carta costituzionale sulla valorizzazione della prospettiva da ultimo indicata (Bachelet, 1966: 30 sgg.), va subito sottolineato come il processo amministrativo debba atteggiarsi, al pari del processo civile, come apparato di tutela predisposto nell'interesse di soggetti che siano in qualche modo pregiudicati dall'azione amministrativa, sia che questa si esprima attraverso atti formali o comportamenti concludenti (Berti, 1972: 1863).

È dunque una constatazione oramai ampiamente condivisa quella secondo cui le norme che disciplinano l'ampiezza e la qualità dei poteri attribuiti al ricorrente contribuiscono a delineare un modello di processo dominato, quanto alla sua fase di costituzione ed al suo svolgimento, dall'impulso processuale di parte (Benvenuti, 1953: 34 sgg.; Migliorini, 1989: 1 sgg.). Ed è indubbio, infatti, come l'atto introduttivo del giudizio si ponga come la fonte esclusiva dell'individuazione dell'oggetto del giudizio attraverso la descrizione dei fatti costitutivi dell'azione o, meglio, della pretesa avanzata dal ricorrente, quale «affermazione della sussistenza di una realtà e di una sua qualificazione giuridica, e sulla sua base, come domanda al giudice di provvedervi [...]» (Piras, 1962: I, 25, ma anche 61 sgg.).

Di conseguenza, se si condivide la tesi secondo cui, anche nel processo amministrativo (Satta, 1954 e 1964), le norme chiamate a disciplinare l'esercizio dell'azione non possono che definirsi in relazione al loro carattere strumentale a determinate categorie di interessi, difficilmente è ipotizzabile un meccanismo che prescindendo dall'accertamento, in capo al soggetto che promuove la lite, della titolarità di una posizione che lo differenzia dalla pluralità dei destinatari del provvedimento impugnato. In altri termini, la circostanza che il potere di proporre la domanda spetti nel giudizio amministrativo esclusivamente al ricorrente va interpretata come sintomo, sia pure non esclusivo, del fatto che l'iniziativa processuale di questi (in grado di vincolare il giudice e le altre parti della controversia) sia giustificata dalla titolarità di una situazione soggettiva di propria spettanza, da intendersi quale necessario ed indeclinabile presupposto per l'esercizio dell'azione. Il che equivale a sostenere che quest'ultima, nei processi di parte retti dal principio dispositivo, è sempre espressione di «[...] un'esigenza di tutela di un interesse collegato a un certo fatto, il quale fatto poi non è altro se non un punto di riferimento spaziale e temporale al di fuori di ogni qualificazione giuridica [...]» (Satta, 1983: 139).

Se dunque, in linea con le innovazioni apportate dalla Costituzione nei termini in precedenza accennati, l'insieme dei rimedi predisposti dall'ordinamento nei confronti dell'esercizio illegittimo dei pubblici poteri pone tendenzialmente al centro delle proprie finalità la protezione realizzata dal processo amministrativo nei confronti delle situazioni di interesse legittimo, il contenuto ed il risultato di quest'ultimo vanno sempre più determinati in relazione alle situazioni soggettive di volta in volta azionate e non ad un ben precisato interesse pubblico che, del resto, come già notava lucidamente M.S. Giannini «[...] sembra il grande assente dal nostro sistema di giustizia amministrativa» (Giannini, 1964: 240).

In un giudizio sempre più indirizzato verso una funzione di garanzia delle situazioni soggettive del privato, nell'ambito di un vero e proprio rapporto con la p.a., le istanze legate ad un modello esclusivamente cassatorio e di natura obiettiva si sono dimostrate recessive come dimostra la serie di riforme avviate

nel 1998 e culminate nel 2010 con l'entrata in vigore di un vero e proprio codice del processo amministrativo. Ed è proprio questo il punto di approdo di un lungo percorso che mette a disposizione del ricorrente una pluralità di azioni, disciplinate dal d.Lgs n. 104/2010, proprio per assicurare quel principio di effettività della tutela fortemente voluto dal legislatore costituente e non a caso richiamata dall'art. 1 c.p.a.

## *2. (segue) Cenni sul sistema delle azioni oggi disciplinate dal codice del processo amministrativo*

Con riferimento agli aspetti da ultimo richiamati, è di tutta evidenza il passo in avanti registrato dal nostro ordinamento rispetto al bilancio negativo tratteggiato da F. Benvenuti in occasione del centenario delle leggi unificative (Benvenuti, 2006: 2738 sgg.). Al riguardo merita richiamare, sia pure brevemente, alcuni esempi che hanno caratterizzato il passaggio da un'azione unica di annullamento ad una pluralità di azioni – senza con ciò affrontare il tema della tipicità o meno del regime delle domande che il ricorrente può avanzare al giudice amministrativo – da cui si evince il grado di effettività della tutela assicurata dal vigente modello processuale.

### *2.1 L'azione cautelare*

Sicuramente meritevoli di particolare attenzione si presentano le trasformazioni che hanno accompagnato la disciplina del processo cautelare, oggi caratterizzato dalla possibilità di chiedere al giudice 'misure atipiche', in considerazione delle esigenze di protezione della situazione soggettiva azionata. In questo delicato settore della giustizia amministrativa si sono registrati dei cambiamenti piuttosto incisivi che, di fatto, hanno anticipato e poi accompagnato l'evoluzione degli altri tipi di azione. Più in particolare, il segno più tangibile del punto di approdo di un percorso avviato dalla Consulta<sup>1</sup> che ha sancito la natura decisoria delle ordinanze cautelari del giudice amministrativo, come tali impugnabili, ha permesso agli interpreti e alla giurisprudenza di avviare un dibattito approfondito sulla reale capacità di detto provvedimento giurisdizionale di assicurare adeguata protezione a situazioni soggettive che rischiano di essere irrimediabilmente compromesse. Di qui la scelta, da parte del legislatore del 2000, di attribuire al giudice investito della domanda cautelare il potere di emanare decisioni, 'anche di natura atipica' – superando così l'originaria previsione risalente al 1924 consistente nella mera sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato – in grado di assicurare nella maniera più idonea la protezione della situazione soggettiva del ricorrente<sup>2</sup>.

## 2.2 *L'azione risarcitoria*

Non meno significativa se non addirittura dirompente, si è rivelata l'introduzione dell'azione risarcitoria. Dal 1998, infatti, è possibile chiedere il risarcimento dei danni in conseguenza di determinazioni o comportamenti illegittimi dei pubblici poteri. Non potendo in questa occasione ripercorrere le tappe che hanno caratterizzato il definitivo assestamento dell'istituto in parola prima dell'entrata in vigore del codice, è sufficiente abbozzare una sintesi dei reali intenti che hanno spinto il legislatore a compiere tale passo dopo decenni di ostacoli frapposti dalla giurisprudenza amministrativa in tale direzione.

Non è da escludere che la priorità da assicurare fosse quella di semplificare al ricorrente il modo attraverso cui ottenere una tutela giurisdizionale effettiva. Ed infatti, come noto, la distribuzione in passato delle vicende risarcitorie tra due giudici distinti, se, da un lato, ha permesso di soddisfare le esigenze di coerenza interne del sistema, dall'altro, non ha sicuramente rappresentato un mezzo efficace per assicurare una rapida definizione della controversia. Di conseguenza, la prospettiva di una concentrazione in capo alla medesima autorità giurisdizionale sia dei profili attinenti l'eventuale illegittimità della potestà esercitata, sia dei profili risarcitori, può costituire il primo momento di una progressiva tendenza alla quale la stessa giurisprudenza ha dimostrato subito di credere, trovandosi a tradurre in misure concrete quanto predisposto dalle riforme succedutesi già nei primi anni della riforma introdotta nel 2000<sup>3</sup>.

Allo stesso tempo, non pochi problemi hanno caratterizzato il decennio che precede l'approvazione del codice del processo, allorché il dibattito fra i giudici è sembrato fortemente incentrato sulla pregiudizialità dell'azione di annullamento rispetto a quella risarcitoria, raggiungendo un punto di equilibrio oggi cristallizzato nell'art. 30 c.p.a. che attribuisce un ruolo solo formalmente autonomo delle due azioni.

Più in particolare, pare di poter cogliere nell'atteggiamento seguito dai Giudici di Palazzo Spada una sorta di preclusione a superare lo schema di fondo e l'idea del giudizio amministrativo che da sempre fa della centralità del provvedimento (e quindi della impossibilità per lo stesso giudice amministrativo di intervenire su situazioni in cui lo stesso continui a produrre i propri effetti) il fulcro sul quale costruire i rimedi di natura giurisdizionale avverso le scelte ed i comportamenti illegittimi dei pubblici poteri. Tale costruzione, peraltro condivisa dalla stessa Corte costituzionale nell'importante sentenza del 2004<sup>4</sup>, se per un verso poteva spiegarsi con un impianto processuale prevalentemente incentrato sull'azione tipica di natura costitutiva quale strumento di protezione della situazione soggettiva dell'amministrato, per altro verso non sembra più in linea con le modificazioni apportate a tale modello dal codice del processo amministrativo.

Le novità introdotte da quest'ultimo sul piano delle azioni esperibili nei confronti delle scelte della pubblica amministrazione sembrano infatti recepire quell'idea di giurisdizione piena che da tempo la dottrina ha ritenuto di dover proporre come strumento più idoneo per assicurare una più compiuta attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, nei termini in cui la Carta costituzionale ce lo ha tramandato e la giurisprudenza più sensibile sembra aver recepito. Di qui il possibile superamento del precedente modo di concepire i rapporti tra giudizio di annullamento e giudizio sul rapporto, in special modo quando l'oggetto della controversia sia la richiesta risarcitoria conseguente ad un provvedimento illegittimo dell'amministrazione.

Sintomatico di tale tendenza il quadro dei rimedi offerto dall'ordinamento processuale al ricorrente nella ricostruzione operata da una recente decisione del Consiglio di Stato<sup>5</sup>, dalla quale emerge con chiarezza un deciso allargamento dei modi con i quali è possibile oggi assicurare un'adeguata protezione alle situazioni di interesse legittimo.

È dunque in virtù di tali considerazioni che la ricostruzione in termini rigorosamente restrittivi della possibilità di avanzare richieste di natura risarcitoria, attraverso un'interpretazione rigida del comma 3 dell'art. 30 c.p.a., sembra porsi in contraddizione, se non addirittura in antitesi, con una lettura di ampio respiro delle linee evolutive con le quali si apre l'arresto del marzo 2011 del Supremo Consesso. In questo senso, sia consentito confermare le perplessità in precedenza evidenziate, in quanto, da un'analisi comparativa delle pronunce che hanno affrontato il tema della natura della condotta del creditore e degli oneri che lo stesso è tenuto ad osservare per vedere riconosciuta la fondatezza della propria istanza risarcitoria, si percepisce un forte squilibrio tra la posizione dell'amministrazione e quella di chi si ritiene leso dalla sua azione illegittima.

Da un lato, l'ordinaria diligenza richiesta a quest'ultimo – così come sottolineato dalla stessa Adunanza Plenaria – appare sicuramente eccessiva, in quanto la regola desunta dal comma 2 dell'art. 1227 c.c., implicitamente richiamato dall'art. 30, comma 3 c.p.a., fa riferimento alla posizione del creditore cui è richiesto unicamente di non aggravare con la propria condotta l'entità dei danni già provocati dalle scelte (*contra ius*) dei pubblici poteri.

Per altro verso, tale genere di indagine presta il fianco ad una tendenziale dequotazione del principio dispositivo da sempre alla base del giudizio amministrativo, rafforzando a dismisura i poteri del giudice tanto sugli elementi di fatto della vicenda sottoposta alla sua attenzione, quanto sulla relativa qualificazione giuridica. Ed invero, dovendo quest'ultimo pronunciarsi sia sulla condotta del creditore che del debitore, al fine di verificare se e fino a che punto il comportamento di ciascuno abbia inciso sulla entità del pregiudizio di cui chiede (in

via autonoma) il risarcimento, il sindacato esercitato dall'autorità giurisdizionale assume i contorni del giudizio prognostico con tutte le incertezze che tale operazione comporta, come dimostra il dibattito acceso sviluppatosi in dottrina ed in giurisprudenza, a partire dalla ben nota sentenza della Cassazione n. 500/1999. In definitiva, anche nella materia risarcitoria – seguendo un percorso sostanzialmente analogo a quello delineato per le fattispecie attinenti la possibile declaratoria di inefficacia del contratto a seguito dell'accertamento dell'illegittimità della delibera di aggiudicazione ai sensi dell'art. 121 c.p.a. – il legislatore ha assegnato al giudice amministrativo il compito di operare scelte significative in grado di incidere in maniera molto rilevante sulle modalità di tutela della situazione soggettiva azionata.

Proprio con riferimento a tale ultimo profilo, stante la rilevanza e la delicatezza del tema, è auspicabile un ulteriore affinamento dell'orientamento oggetto delle presenti considerazioni, al fine di raggiungere posizioni più equilibrate – peraltro in linea con i principi ed i convincimenti presenti nella parte introduttiva della decisione n. 3/2011 dell'Adunanza Plenaria – in grado di realizzare un sistema di protezione di tutte le parti del rapporto amministrativo, che, da un lato, non ingeneri il sospetto di continuare ad attribuire all'amministrazione privilegi ingiustificati che mal si conciliano con il nuovo sistema di responsabilità introdotto dal legislatore fin dal 1998; dall'altro, interpretazioni troppo restrittive del dato positivo potrebbero risolversi in una sorta di disincentivo ad avanzare domande risarcitorie nei confronti delle autorità amministrative, con prevedibili ricadute sul piano di compatibilità del modello in relazione a quanto sancito dagli artt. 111 e 113 della Costituzione e del grado di effettività che lo stesso ha fin qui dimostrato di voler assicurare.

### *2.3 L'azione avverso il silenzio e la c.d. azione di adempimento*

Particolarmente incisiva si è rivelata la trasformazione delle modalità di tutela offerta dal modello processuale, con specifico riguardo alle situazioni di interesse legittimo c.d. pretensivo, tenuto conto delle profonde trasformazioni che hanno caratterizzato lo stesso modo di agire della pubblica amministrazione.

Più precisamente, negli ultimi decenni, si è venuto rafforzando il convincimento secondo cui la protezione dell'interesse legittimo non possa essere interamente demandata alla sola azione di annullamento, dal momento che la demolizione di certi provvedimenti, come nell'ipotesi di atti a contenuto negativo, non assicura un'utilità diretta per il titolare della situazione soggettiva, facendo emergere in tutta la loro nitidezza gli evidenti limiti nei confronti di un giudizio a carattere impugnatorio, non integralmente corrispondente al principio di effettività sancito dalla Carta fondamentale.

Nella stessa prospettiva si collocano le modifiche apportate con la novella del 2000, rispetto all'impianto originario della l. n. 241/90, laddove il legislatore non si è limitato a fornire delle indicazioni utili ad arricchire la disciplina vigente sul piano sostanziale, dettando una disposizione tipicamente processuale (tesa ad integrare la disciplina del rito speciale già regolato dall' art. 21 *bis* l. TAR), secondo cui «il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza». In realtà, la problematica in esame nasce antecedentemente alla riforma da ultimo richiamata e risente, così come sottolineato dalla migliore dottrina (Socca, D'Orsogna, 1996: 415), dell'evoluzione subita, nel tempo, dalla qualificazione dell'inerzia dei pubblici poteri, unitamente alle trasformazioni che, progressivamente, hanno significativamente innovato lo schema originario del processo di impugnazione.

Sono note le vicende che, nel corso del tempo, hanno caratterizzato l'evoluzione del modello generale del processo amministrativo verso forme di controllo giurisdizionale più ampie proprio in quelle ipotesi di azione amministrativa non coincidenti con l'emanazione di un provvedimento formale, legittimandosi, per l'effetto, un giudizio in cui, superata l'idea dell'annullamento del 'provvedimento silenzioso', fosse consentito l'accertamento sull'esistenza dell'obbligo di provvedere dell'autorità, attraverso un'indagine sulla situazione di fatto e di diritto sottostante la richiesta del privato. Ed ancora, nonostante tale ampliamento fosse stato limitato alle sole ipotesi di attività vincolata della p.a., una volta venuta meno l'esigenza di pervenire all'annullamento del provvedimento tacito di diniego, la giurisprudenza amministrativa cominciò a delineare uno scenario più ampio, in cui il sindacato compiuto in sede giurisdizionale non fosse più limitato al mero riconoscimento dell'esistenza in astratto dell'obbligo di provvedere ma si estendesse, altresì, all'esame della fondatezza della pretesa, fino a definire il contenuto della decisione da adottare<sup>6</sup>.

Ciò non di meno, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'oggetto del giudizio avverso il silenzio ha continuato ad alimentarsi anche a costo di smentire il dato letterale, al punto da costituire la premessa per un nuovo intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel 2002<sup>7</sup>, chiamata, in sintesi, a pronunciarsi proprio sull'ampliamento dei poteri di cognizione del giudice amministrativo, alla luce delle novità introdotte con la l. n. 205/2000.

A contendersi la scena, più in particolare, erano due orientamenti (Travi, 2002: 227), l'uno, restrittivo, volto a riconoscere al giudice il solo potere di dichiarare l'obbligo di provvedere; l'altro, estensivo, finalizzato ad ammettere una pronuncia che, in caso di attività vincolata, consentisse all'autorità giudiziaria di determinare il contenuto dell'atto che avrebbe dovuto essere emesso a soddisfazione delle pretese del ricorrente. Nonostante le conclusioni dell'Adunanza Plenaria, le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato hanno continuato a

fronteggiarsi fino a quando, l'art. 31, d.Lgs 104/2010 ha puntualizzato che «Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione». Trattasi di un'affermazione che permette di semplificare notevolmente l'*iter* procedurale che il ricorrente deve seguire, evitandogli di attivare due contenziosi concernenti la medesima fattispecie; ed ancora, risultano arricchiti in maniera significativa gli strumenti di cui dispone il ricorrente per tutelare adeguatamente la propria situazione soggettiva.

Da ultimo, ma non per questo di minore importanza, grazie alle modifiche apportate nel 2012 dal secondo correttivo al codice, ha fatto ingresso nel nostro sistema processuale quell'azione di adempimento (Carbone, 2012), già prevista in sede di predisposizione dello schema di decreto legislativo sottoposto all'esame del Consiglio dei Ministri ma che un «anonimo sforbiciatore» (Merusi, 2012) aveva fatto sparire dalle formulazioni precedenti. Sotto questo aspetto, sembra dunque compiuta la parabola verso un modello di tutela effettiva che affida al giudice il compito di tradurre in misure concrete le aspirazioni del ricorrente al conseguimento del bene della vita (Ferrara 2013: 652 sgg.), senza che ciò si traduca in una indebita sostituzione dell'autorità giurisdizionale alla pubblica amministrazione.

#### *2.4 L'azione per l'esecuzione del giudicato*

Qualche riflessione merita infine l'azione per l'esecuzione del giudicato, posto che il legislatore del 2010 ha colto l'occasione non solo per riproporre i rimedi già previsti dalla precedente normativa, ma anche per concentrare in un'unica sede tutte le iniziative a disposizione della parte vittoriosa che voglia vedere concretamente attuate le conclusioni cui è pervenuto il giudice. Di qui il superamento del modello tradizionale, incentrato prevalentemente sulle misure tese ad assicurare l'esecuzione delle sentenze passate in giudicato del giudice amministrativo e del giudice ordinario, attraverso una disposizione che prevede una serie di mezzi di tutela tra loro profondamente distinti quanto al presupposto e, soprattutto, ai contenuti.

Il giudice amministrativo è chiamato pertanto a garantire non solo l'esecuzione alle proprie pronunce, ma anche ad esercitare una funzione tipicamente cognitoria alla luce di «più ampi ambiti di conformazione della successiva azione amministrativa, in dipendenza del giudicato medesimo»<sup>8</sup>. Per tale motivo, secondo la lettura dell'Adunanza Plenaria, la disciplina dell'ottemperanza e la relativa azione vengono definiti in termini di «polisemicità», allo scopo di dare «concretezza

al diritto alla tutela giurisdizionale, tutelato dall'art. 24, Cost.»<sup>9</sup>, in linea con i richiami inequivocabili della novella del 2010, laddove il codice assegna alla giurisdizione amministrativa il compito di assicurare forme di protezione «piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo»(art. 1, c.p.a.).

Per altro verso, sebbene l'ordinamento riconosca alla stessa amministrazione un margine di apprezzamento dell'interesse pubblico in sede di ottemperanza (Saitta, 2007), non va sottaciuto come detta valutazione non possa ignorare la situazione soggettiva che vanta la parte vittoriosa all'esito del giudizio. Ed invero, pur ammettendo in talune ipotesi la possibilità per l'autorità amministrativa di riconsiderare quei tratti dell'azione nei confronti della quale non sono state sollevate delle censure nel corso del giudizio, occorre assicurare al ricorrente vittorioso la pretesa a vedersi attribuire il bene della vita per il quale ha esercitato l'azione rivelatasi fondata. Diversamente, i vantaggi derivanti dalla oramai acquisita consapevolezza della dottrina e della stessa giurisprudenza in ordine all'esistenza di effetti conformativi e ordinatori delle pronunce del giudice amministrativo potrebbero subire un ingiustificato e non comprensibile ridimensionamento.

Al riguardo preme sottolineare come tali possibili incongruenze debbano essere analizzate anche alla luce delle novità introdotte dalle nuove disposizioni che regolano i poteri decisori del giudice ai sensi dell'art. 34, lett. e), c.p.a., consentendo a quest'ultimo di disporre «le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato». Appare dunque evidente che attraverso tale attività è possibile attribuire al provvedimento che definisce la controversia quel contenuto conformativo in grado di guidare con maggior precisione la riedizione del potere.

Senza con ciò volersi soffermare su problematiche che meriterebbero analisi e valutazioni più approfondite (Lipari, 2011; Vaiano, 2012; Giusti, 2012a: 165 sgg.), è sufficiente rilevare che la novità introdotta dal legislatore, se adeguatamente utilizzata, dovrebbe ridurre sensibilmente il ricorso al giudizio di ottemperanza nei termini sperimentati fino all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo. Ed infatti, permettendo al giudice di anticipare già in sede di cognizione l'adozione di misure in grado di guidare la successiva azione amministrativa evitando alle parti di attivare il giudizio specificamente volto ad assicurare del giudicato, dovrebbe progressivamente condurre all'impiego del giudizio di ottemperanza solo in ipotesi residuali in cui, obiettivamente, non è dato ricavare già dalla sentenza che ha definito il giudizio tutti gli elementi che concorrono ad indirizzare il riesercizio del potere.

Un'evoluzione nel senso da ultimo delineata potrebbe inoltre favorire la progressiva riconduzione all'interno del momento cognitorio di tutti i problemi collegati ad una corretta attuazione del *dictum* del giudice, contribuendo così a realizzare quei principi di effettività della tutela e di concentrazione ritenuti decisivi nel disegno riformatore introdotto dal legislatore del 2010.

### 3. *Gli intervenenti della giurisprudenza e le modifiche del legislatore in materia di condizioni dell'azione in funzione di un modello processuale efficiente*

I traguardi fin qui raggiunti sono il frutto di una evoluzione che si è venuta gradualmente realizzando grazie ad un modello processuale che aveva come obiettivo primario la protezione della situazione soggettiva del singolo. È proprio questo l'elemento unificante delle azioni oggi presenti nel c.p.a., in funzione dell'attuazione di un sistema di tutela giurisdizionale effettivo, improntato ai canoni della giurisdizione piena.

Accanto a tale prospettiva, tuttavia, sembra profilarsi un non meno ambizioso risultato che si traduce in una vera e propria *domanda di efficienza* del sistema che può essere declinata in una duplice prospettiva.

In primo luogo, il grado di soddisfazione percepito dal singolo nei confronti dei mezzi di tutela assicurati dall'attuale ordinamento processuale amministrativo. In particolare, si assiste a un bisogno di ampliamento delle situazioni azionabili, classificando come inefficiente o efficiente la giustizia in grado di garantire la risposta alle nuove domande di giustizia.

Secondariamente, le ricadute prodotte dal sindacato del giudice amministrativo nei processi decisionali della p.a., nella tensione fra verifica della legittimità dell'azione svolta dai pubblici poteri e possibile ostacolo e rallentamento nell'esercizio dell'azione amministrativa.

Di conseguenza, l'aspirazione ad un modello processuale in grado di assicurare forme di tutela efficienti oltre che effettive ha imposto la progressiva attenuazione dei tradizionali criteri ermeneutici forniti dal giudice amministrativo, soprattutto nel corso di questo ultimo mezzo secolo, con riferimento specifico alle condizioni dell'azione. E ciò con particolare riferimento alla diretta riferibilità dell'interesse fatto valere dal ricorrente, unitamente alla legittimazione ad agire di chi attiva la controversia.

Non è dunque casuale che proprio facendo ricorso alle diverse figure di azione popolare disciplinate dal nostro ordinamento, il legislatore abbia cercato, in passato, di completare i rimedi predisposti dall'ordinamento a protezione della generalità dei cittadini, individuando forme di tutela che non contemplassero più, tra i requisiti di avvio del processo, una legittimazione ad agire strettamente correlata alla dimostrazione della titolarità di una situazione giuridica soggettiva. E ciò anche a costo di piegare la disciplina processuale facendo leva su alcuni spunti contenuti dalla legge n. 241/1990, al fine favorire un ingiustificato allargamento della nozione di legittimazione a proporre il ricorso avanti al giudice amministrativo, ipotizzando un criterio di collegamento con la legittimazione discendente dall'avvenuta partecipazione al procedimento di chi, in un secondo momento si propone come ricorrente.

a) Il dibattito e la consistente elaborazione giurisprudenziale in tema di interessi diffusi e collettivi confermano tale impressione e si spiegano con la necessità di fornire ad una pluralità di soggetti, ancorché non portatori di interessi singoli, come tali non legittimati ad impugnare le determinazioni dei pubblici poteri secondo le regole del processo di parti, forme di protezione adeguate ed efficienti. Più precisamente, nell'ambito di una sintesi estrema dovuta all'economia delle presenti considerazioni, due sono le questioni intorno alle quali la giurisprudenza ha mostrato divergenze di orientamenti: la prima, relativa alla azionabilità della pretesa legata a tale tipologia di interessi; la seconda, correlata all'individuazione dei soggetti (eventualmente) legittimati a farli valere in giudizio. Si tratta, a ben vedere, di aspetti fra loro inevitabilmente collegati, posto che la legittimazione a ricorrere, nel processo amministrativo, si misura sulla base della titolarità dell'interesse sostanziale rispetto al quale si invochi la protezione del giudice (Villata, 1989: 1 sgg.).

In tale direzione si è mossa la giurisprudenza amministrativa, abbracciando tesi che, a seconda dell'ampiezza del riconoscimento e della conseguente tutela accordata agli interessi diffusi, hanno portato i diversi commentatori a parlare di aspettative più o meno disattese rispetto all'affermazione di una azione popolare.

Nonostante il variegato ventaglio di vicende che hanno nel tempo impegnato i giudici amministrativi, la giurisprudenza sembra continuare a muoversi lungo le direttrici segnate dalle ormai storiche decisioni sul caso 'Italia Nostra' e dalla c.d. pronuncia del 'chiunque'<sup>10</sup>, non a caso rese nei settori in cui, per la forte valenza "sociale" degli interessi coinvolti, il dibattito sulla azionabilità degli interessi diffusi offre i maggiori spunti di riflessione.

È noto come l'azionabilità dell'interesse diffuso passi attraverso la sua differenziazione (di fatto la sua riconduzione all'interesse legittimo) ovvero possa essere affidata alla sua 'istituzionalizzazione'. Il dibattito che ne è scaturito e l'interpretazione del dato normativo in contrasto con lo stesso intento del legislatore, così come ricostruito attraverso i richiami ai lavori preparatori della riforma del 1967, hanno in pratica prodotto l'effetto di negare all'interesse legittimo «ogni determinatezza fino a diventare evanescente», riducendo il ricorso giurisdizionale ad una mera (e inammissibile) denuncia dell'illegalità dell'atto amministrativo.

Di qui la scelta di assegnare al 'chiunque' un significato in linea con i criteri della legittimazione a ricorrere e dell'interesse ad agire, individuando però nuovi indici di qualificazione dell'interesse stesso (Cudia, 2012), nell'intento di adeguare la tutela giurisdizionale all'evoluzione della normativa sostanziale in materia urbanistica. Lungo tale direttrice, a ben vedere, sembra muoversi ancora oggi la giurisprudenza, cercando di dare concretezza a quel criterio dell'insediamento abitativo – riassunto nel sintetico riferimento alla *vicinitas* – nel rispetto, comunque, dei principi generali del processo amministrativo. Non si può tuttavia

non dar conto di come i giudici amministrativi, senza mai sancire l'ingresso nel modello processuale vigente di forme di vere e proprie azioni popolari, siano alla ricerca, sebbene con risultati contrastanti, di criteri di collegamento idonei a garantire una tutela effettiva alle diverse istanze correlate al rilascio di un permesso di costruire. Tale ricerca è approdata all'ampliamento della legittimazione dai semplici proprietari frontisti fino a coloro che si trovino in «stabile collegamento» con la zona destinata ad accogliere l'intervento edilizio<sup>11</sup>. A variare, di fatto, sono poi i diversi criteri di collegamento elaborati dalla giurisprudenza, senza mai però giungere alla identificazione del ricorso giurisdizionale quale veicolo per un controllo generalizzato sul corretto utilizzo del territorio. Il collegamento in questione, infatti, può nascere dalla residenza nella zona interessata, dalla proprietà, possesso o detenzione di immobili nella zona medesima o da altro titolo di frequentazione della stessa, fino alla collocazione nello «stesso bacino d'utenza della concorrente». Ecco perché, la ricerca di siffatti criteri di collegamento vanifica, o comunque rende pleonastica, l'affermazione secondo cui nelle controversie in esame non sarebbe necessaria la dimostrazione della sussistenza di un interesse qualificato alla tutela giurisdizionale<sup>12</sup>, essendo solo in virtù di tale correlazione che il soggetto può far valere quell'interesse giuridicamente protetto, di natura urbanistica, all'osservanza delle prescrizioni regolatrici dell'edificazione.

Il richiamo al criterio della *vicinitas* può essere compiuto anche per porre attenzione alla seconda vicenda sopra ricordata e, più nello specifico, alle soluzioni di volta in volta offerte dalla giurisprudenza chiamata a pronunciarsi sulla ammissibilità del ricorso proposto dall'ente associativo avverso provvedimenti ritenuti pregiudizievoli per l'«interesse ambientale», la cui cura rientra fra i fini statutari della associazione medesima. Particolarmente significativa, nell'ottica di un mutamento di indirizzo in tema di differenziazione dell'interesse, il passaggio dell'Adunanza Plenaria che ha negato la possibilità di individuare un simile criterio nel solo riconoscimento governativo, a favore, invece, dello «stabile collegamento», capace di assicurare quella «funzione esponenziale del concreto interesse dei singoli componenti di una data collettività», presupposto indispensabile, sempre seguendo la prospettazione del Collegio Supremo Consesso amministrativo, per la legittimazione a ricorrere della formazione sociale<sup>13</sup>.

Il superamento di tali schemi, o meglio, come si avrà modo di precisare, l'affiancamento ad essi di ulteriori forme di tutela, può solo essere il frutto di una scelta di politica legislativa, in virtù della quale, superando gli schemi della legittimazione processuale nei termini sopra richiamati, i soggetti specificamente indicati dal legislatore si affianchino all'azione dei pubblici poteri nella salvaguardia di un interesse che, questa volta, da «diffuso» assuma la connotazione di vero e proprio «interesse pubblico».

b) Il percorso che ha caratterizzato, nel nostro ordinamento, l'evoluzione della tutela ambientale sembra confermare le ipotesi appena tratteggiate. Ed infatti, accanto alla soluzione giurisprudenziale sopra sinteticamente descritta, è intervenuta quella legislativa, dapprima con legge n. 349 del 1986, istituitiva del Ministero dell'ambiente e, successivamente, con le norme inserite nella Parte Sesta del d.lgs. 152 del 2006, c.d. Codice dell'ambiente. Il riferimento è, per il profilo che qui interessa, al combinato disposto degli artt. 18, comma 5<sup>14</sup> e 13, l. 349/86, in virtù del quale le associazioni di protezione ambientale che rispondano ai requisiti fissati dalla norma medesima, sono legittimate ad «intervenire nei giudizi di danno ambientale» nonché a «ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento degli atti illegittimi». Pur non potendo dar conto dell'ampio dibattito sviluppatosi in dottrina ed in giurisprudenza intorno a tali interrogativi, sembra affermarsi un criterio di lettura in grado di conciliare, da un lato, il carattere soggettivo della tutela e, dall'altro, una significativa apertura (in tale settore) in chiave oggettiva ad opera delle riforme introdotte dalle normative di questi ultimi anni.

Ed invero, sia la riflessione teorica, sia la giurisprudenza amministrativa, hanno concentrato la propria attenzione su due diversi elementi: la particolare connotazione dell'interesse ambientale e il contesto normativo in cui si inserisce la disposizione dell'art. 13 della riforma del 1986 sopra ricordata.

Quanto al primo degli elementi considerati, si è visto come l'ambiente, originariamente indicato quale esempio paradigmatico di interesse diffuso, è progressivamente divenuto oggetto di vere e proprie situazioni giuridiche soggettive, sia pubbliche che private. Si è parlato infatti di diritto soggettivo all'ambiente salubre, fondato direttamente sull'art. 32 della Costituzione, di interesse legittimo qualificato e differenziato, così come insegna la paradigmatica vicenda di 'Italia Nostra', fino a configurare, con l'istituzione del Ministero dell'ambiente, un vero e proprio interesse pubblico ambientale. È evidente allora che una così diversa declinazione di quest'ultimo debba necessariamente prevedere una forma di protezione differenziata, riflettendosi, per la specificità che qui interessa del processo amministrativo, nella possibile convivenza di una tutela di tipo oggettivo, riconosciuta alle associazioni di cui all'art. 13 della legge n. 349 del 1986, con l'azione intrapresa dal singolo individuo o dalla singola formazione sociale – anche se priva dei requisiti di cui all'art. 13 – a salvaguardia di un proprio ed autonomo interesse legittimo.

Una simile ricostruzione, in definitiva, trova altresì conferma nella normativa in materia di danno ambientale introdotta dal Codice dell'ambiente, laddove vengono individuati i soggetti legittimati ad agire, fra l'altro, per ottenere l'annullamento degli «atti e dei provvedimenti adottati in violazione delle norme della parte sesta del presente decreto», precisando che tale legittimazione debba

conformarsi ai «principi generali»<sup>15</sup>. Ed ancora, il legislatore identifica tali soggetti nelle regioni, nelle province autonome e negli enti locali, anche associati, nelle persone fisiche o giuridiche «che sono o che potrebbero essere colpite dal danno ambientale o che vantano un interesse legittimante la partecipazione al procedimento relativo all'adozione delle misure di precauzione, di prevenzione o di ripristino» previste dal codice stesso alla Parte Sesta<sup>16</sup>.

Un rapido cenno, infine, al problema della legittimazione dei c.d. comitati spontanei, delle associazioni diverse da quelle di cui all'art. 13 legge cit. o delle articolazioni territoriali di queste ultime, su cui spesso contraddittori sono stati gli orientamenti giurisprudenziali, anche in ragione delle diverse situazioni sottoposte di volta in volta al sindacato dell'autorità giurisdizionale. Se, per un verso, la giurisprudenza respinge con fermezza azioni riconducibili all'azione popolare, per altro verso la legittimazione ad agire è fortemente dilatata, fino a giungere a risultati tipici di una tutela di tipo oggettivo. Rimane, in ogni modo, sullo sfondo una qualificazione dell'interesse, compiuta *ex ante* dal legislatore ovvero *ex post* dal giudice, che impedisce al processo amministrativo di porsi quale mero controllo del rispetto della legalità.

In questa prospettiva, a titolo esemplificativo, devono essere lette quelle pronunce in cui si è riconosciuta la legittimazione ad agire in giudizio di comitati spontanei di cittadini, benché privi dei requisiti indicati dall'art. 13 della l. n. 349/86 o dall' art. 137 del Codice del consumo<sup>17</sup>. Il richiamo alla sussidiarietà orizzontale appare, in definitiva, quale momento ulteriore nella ricerca di quei criteri di collegamento cui è legata la differenziazione e la qualificazione dell'interesse, prospettando una moderna interpretazione del concetto, più tradizionale, della *vicinitas*. Ai fini del tema che qui ci occupa, allora, il percorso sinteticamente descritto conferma la distanza del processo amministrativo dal riconoscimento di un'azione popolare, cui si affianca, nel contempo, una continua ricerca, in chiave evolutiva, sugli elementi cardine della tutela di tipo soggettivo<sup>18</sup>.

c) È dunque in tale direzione che si è venuta evidenziando, negli ultimi anni, una tendenza al progressivo ampliamento – ad opera del legislatore – dei criteri di individuazione della legittimazione ad agire di soggetti pubblici a tutela di interessi generali. La recentissima disciplina che attribuisce all'AGCM uno specifico potere di reazione nei confronti delle determinazioni di altri soggetti in grado di ledere il principio di concorrenza<sup>19</sup> ha animato un dibattito in sede di riflessione teorica (Cerulli Irelli, 2014: 370 sgg.; Cintioi, 2013; Carbone 2014) che merita particolare attenzione in quanto, sotto certi aspetti, pone le basi per una rivisitazione delle finalità tipiche che hanno accompagnato l'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa fin dal suo nascere ed in particolare, come si è cercato sinteticamente di ricostruire, dall'entrata in vigore della Costituzione ad oggi.

In buona sostanza, attraverso un meccanismo di tal genere, viene attribuita dal legislatore ad un'autorità amministrativa indipendente la possibilità di attivare il sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo al fine di assicurare il rispetto di un principio cardine dell'ordinamento comunitario ed interno, pur non potendosi attribuire a detta Autorità la titolarità di una propria situazione soggettiva. Sembra dunque profilarsi (come episodicamente già avvenuto in passato in occasione della l. n. 168/1989 in materia di impugnazione degli statuti adottati dalle singole Università da parte del MIUR, ovvero da parte del MEF dei regolamenti comunali/provinciali sulle entrate tributarie ex d.lgs. n. 446/1997) una deroga allo schema classico, da sempre affermatosi nell'ambito dei processi di parti, che impone la titolarità della situazione soggettiva azionata in capo al ricorrente.

In tali vicende, al contrario, parrebbe delinarsi un discostamento piuttosto marcato rispetto a queste coordinate tradizionali in tema di legittimazione a ricorrere, così come ribadite anche dall'art. 7 c.p.a., in quanto le fattispecie da ultimo richiamate vanno nella direzione di assicurare forme di tutela di interessi per così dire pubblici, di natura per così dire oggettiva, a prescindere da un collegamento con la situazione soggettiva di chi promuove la controversia.

Di qui l'ulteriore finalità attribuita al processo amministrativo che è e rimane uno strumento di protezione di tipo soggettivo, al quale vanno aggiungendosi specifiche garanzie di natura più propriamente oggettiva, tenuto conto della rilevanza, per l'ordinamento, di alcuni interessi generali che rischierebbero di essere non adeguatamente garantiti se affidati ai tradizionali meccanismi di reazione secondo le ben note regole del processo di parti. Al riguardo, tuttavia, merita altresì sottolineare come, per un verso, detta 'oggettivizzazione' non può minimamente richiamare la originaria vocazione del giudizio amministrativo ad assicurare la legittimità dell'azione amministrativa nei termini in cui storicamente si era affermata dal 1889 all'entrata in vigore della Costituzione (Cerulli Irelli, 2014: 357); per altro verso, l'aspirazione a dare vita a forme di tutela «efficienti» va ad affiancare e non a sostituire la finalità principale del processo amministrativo cui spetta di «rendere giustizia e non a curare l'interesse pubblico» (Scoca, 2011: 989).

#### *4. La tutela avanti al giudice ordinario*

L'indagine in questa sede condotta risulterebbe indubbiamente incompleta senza prendere in considerazione, sia pure marginalmente, il ruolo svolto in questo ultimo arco di tempo dal giudice ordinario, stante la ben nota impostazione dualista che ha caratterizzato, fin dal suo sorgere, l'evoluzione del nostro sistema di giustizia amministrativa (intendiamo riferirci agli anni che vanno dal

1865 al 1889). Ed infatti, se in un primo momento a quest'ultimo è stato assegnato (secondo Nigro, 1976, si è auto confinato in) un ruolo residuale nelle controversie contro la pubblica amministrazione, detta impostazione è venuta scemando nel tempo, ancora una volta grazie alle spinte discendenti da una progressiva attuazione delle disposizioni costituzionali.

È il tema dell'effettività, dunque, il denominatore comune entro il quale svolgere qualche breve considerazione sia con riferimento all'annoso problema del riparto delle giurisdizioni, sia dei poteri cognitori e decisorie di ciascun giudice.

Come si è visto, è proprio la Costituzione a favorire il superamento della passata caratterizzazione oggettivistica del modello processuale, inteso come mezzo per assicurare una più completa realizzazione dell'interesse pubblico (Onida, 1986: 425), in favore di una prospettiva ben diversa, che fa dell'amministrato il fulcro attorno al quale ruota l'intero sistema di tutela. Al centro del processo amministrativo viene posta la tutela dell'interesse legittimo, disancorata dal necessario riferimento alla previa impugnazione di un atto amministrativo: si introduce così un elemento di vera e propria eversione del sistema precedente, superandosi, definitivamente, quella preoccupazione, costante sia nella legge del 1865 che in quella del 1889, di evitare qualsiasi forma di ingerenza diretta sulla gestione degli interessi demandati alla cura dell'amministrazione (Benvenuti, 1983: 217).

Tale caratterizzazione ha prodotto delle ripercussioni anche sulle fattispecie attratte nel sindacato del giudice ordinario mettendo in discussione il principio che all'autorità giudiziaria ordinaria fosse unicamente consentito di disapplicare le determinazioni illegittime dei pubblici poteri, lasciando in via esclusiva al giudice amministrativo la possibilità di disporre l'annullamento dei medesimi. In realtà, tale modo di interpretare le competenze cognitive e decisorie di entrambi gli ordini giurisdizionali era altresì funzionale al criterio di riparto delle giurisdizioni, così come storicamente affermatosi all'esito del concordato raggiunto negli anni '30 del secolo scorso tra i vertici del Consiglio di Stato e della Corte di cassazione.

Tuttavia, i profondi rivolgimenti che hanno interessato il settore della giurisdizione amministrativa dal 1998 al 2010 hanno favorito una rilettura in chiave profondamente diversa di tali vicende, anche alla luce di un più meditato approccio alle specifiche competenze che l'ordinamento ha inteso riservare a ciascun giudice. Ed infatti, nonostante le contraddizioni e le perplessità sulla compatibilità delle modifiche introdotte già con il d. lgs. n. 80/1998, rispetto al contenuto con l'art. 103 Cost., gran parte delle aspettative evocate in passato dalla giurisprudenza<sup>20</sup> e degli autori più attenti sembrano trovare ascolto in nome di una «giurisdizione piena del giudice amministrativo» (Police, 2000-2001), in grado di assicurare una protezione effettiva alle domande proposte dai sog-

getti interessati a tutela delle proprie situazioni giuridiche (Comoglio, 1996: 96 sgg.; Protto, 1997: 58).

Analogamente, anche per quanto attiene il giudice ordinario, il legislatore ha cominciato, sempre con maggiore frequenza, a devolvere interi blocchi di materie alla sua giurisdizione, superando agevolmente quel criterio di distribuzione delle controversie basato sulla differenza delle situazioni soggettive azionate. Di conseguenza, se la Costituzione ha posto la regola della giustiziabilità degli atti della pubblica amministrazione, anche quando questi incidano su diritti soggettivi dell'amministrato, ne discende l'impossibilità, per il legislatore ordinario, non solo di porre dei limiti ad essa, ma anche in ordine alle modalità attraverso cui l'ordinamento, dà concreta attuazione alle disposizioni della Carta, mediante l'indicazione puntuale di forme specifiche di impugnazione, secondo quanto previsto al secondo comma dell'art.113 Cost. (logico corollario della premessa contenuta nel co. 1 e di quel principio di effettività in esso solennemente ribadito). Ed ancora, il terzo comma della disposizione costituzionale in parola, si fa carico di specificare i poteri del giudice, sia ordinario che amministrativo, confermando la scelta in favore di un modello che privilegia il tipo e l'intensità della tutela, a prescindere dal giudice chiamato a decidere sulla controversia tra privato e pubblica amministrazione.

La riserva di legge da ultimo richiamata esclude l'esistenza di un potere esclusivo del giudice amministrativo di caducare gli atti dei pubblici poteri (Pajno, 1994: 475); ed ancora, se dal comma 1 sembra derivare, quanto meno in via tendenziale, l'esclusione del sindacato del giudice ordinario laddove sia in gioco il cattivo esercizio del potere amministrativo il successivo comma 3, fa venir meno detta preclusione, consentendo di eliminare, anche in questo caso, il provvedimento amministrativo, qualora la legge lo ritenga necessario per soddisfare la pretesa del ricorrente (Menchini, 2001: 3687). L'annullamento dell'atto, dunque, non appare più inscindibilmente ed esclusivamente connesso alla protezione dell'interesse legittimo: dalla lettura della disposizione in esame, così come dalle applicazioni che ne sono derivate in sede legislativa, emerge chiaramente che «è indifferente, rispetto al giudice, che la difesa sia chiesta per una posizione di diritto o di interesse legittimo» e che, se non c'è alcuna correlazione tra tale situazione e l'annullamento «non può esserci neppure una differenziazione sostanziale e per così dire necessaria tra diritti ed interessi legittimi» (Berti, 1987). Prevale, allora, la prospettiva di una tutela della situazione soggettiva intesa nel senso più ampio della nozione, tale cioè da ricomprendere anche la protezione dei diritti soggettivi.

L'ammissibilità di un potere specifico di annullamento, anche da parte del giudice ordinario, non può che essere un indizio consistente della volontà del Costituente di garantire all'interessato una protezione più completa possibile,

attribuendo, a ciascuna giurisdizione, quella pienezza necessaria affinché, l'autorità giudiziaria chiamata a dirimere la controversia, sia messa in grado di ripristinare l'integrità della situazione soggettiva violata (Figorilli, 2002). E ciò è quanto si è verificato allorché il legislatore ha riconosciuto, all'autorità giudiziaria ordinaria, la possibilità di annullare il provvedimento qualificato come illegittimo in materia di sanzioni amministrative c.d. depenalizzate, in tema di provvedimenti del Garante della riservatezza dei dati personali, di tutela giurisdizionale dello straniero.

Pertanto, in presenza sia di disposizioni che attribuiscono al giudice ordinario la possibilità di incidere su veri e propri atti amministrativi – conferendogli altresì un penetrante potere di sostituzione delle scelte compiute dall'amministrazione con proprie valutazioni – sia di innovazioni introdotte, nel tempo, ad opera della giurisprudenza, sembra di poter notare come i limiti imposti dalla legge del 1865 non rappresentino più un ostacolo insuperabile ad un accertamento pieno dei fatti e delle condizioni che hanno indotto i pubblici poteri ad emanare un determinato provvedimento.

Non è da escludere che la tendenza ad attribuire alla cognizione 'esclusiva' del giudice ordinario un rilevante numero di fattispecie, si spieghi con la necessità di riconoscere una tutela particolarmente penetrante laddove vengano in gioco diritti soggettivi di peculiare rilevanza, in certi casi ritenuti fondamentali dalla stessa Carta costituzionale. In tali occasioni, il giudice, confortato da chiare indicazioni sul piano positivo, esercita un sindacato pieno non solo riguardo agli effetti discendenti dalle determinazioni impugnate, ma anche con riferimento a tutte le premesse che hanno indotto l'autorità a compiere la scelta ritenuta lesiva della situazione soggettiva del ricorrente.

##### *5. Primo bilancio sulle tendenze in atto nell'attuale sistema di giustizia amministrativa tra effettività ed efficienza*

Le considerazioni che precedono consentono a questo punto di rintracciare più di un indizio in grado di favorire l'integrazione delle regole del modello processuale con mezzi di tutela in grado di assicurare una protezione di natura più specificamente oggettivistica e finalizzata ad obiettivi di efficienza, nei termini sopra ricordati. E ciò in un quadro d'insieme che, anche di recente, i giudici di Palazzo Spada<sup>21</sup> hanno voluto con forza ribadire, sottolineando che il nostro è un processo di parti retto dal principio della domanda, i cui temperamenti vengono indirettamente affrontati nell'arco di pochi giorni dalla immediatamente successiva pronuncia dell'Adunanza Plenaria<sup>22</sup>.

In primo luogo, l'affermazione di deroghe al modello processuale storicamente affermatosi, in conseguenza dell'accoglimento di istanze c.d. efficientiste,

può determinare una sorta di collisione con il raggiungimento degli *standard* di effettività della tutela? Se si valuta tale prospettiva sulla scorta dell'impostazione seguita in occasione della vicenda dell'impugnazione di un piano faunistico, laddove il giudice ha sancito la non annullabilità del provvedimento impugnato pur in presenza di un accoglimento espresso della domanda avanzata<sup>23</sup>, più di un dubbio si affaccia sulla tenuta del sistema di garanzie giurisdizionali fin qui storicamente affermatosi e fatto proprio tanto dalle disposizioni costituzionali, quanto dalla ridefinizione delle indicazioni presenti nel recente codice del processo amministrativo. Ed invero, come giustamente è stato sottolineato dagli autori che hanno criticamente commentato tale arresto del Consiglio di Stato (Giusti, 2012b), appare di tutta evidenza lo stridente contrasto che tale sentenza ha prodotto con riferimento ai principi e alle regole che sono alla base della disciplina delle controversie con i pubblici poteri, primi fra tutti il principio dispositivo che informa tutti i processi di parte ed il conseguente obbligo, in capo al giudice, di assicurare una puntuale corrispondenza tra quanto richiesto con l'atto introduttivo del giudizio e la successiva sentenza che definisce il giudizio, una volta accertata la sussistenza di un interesse a ricorrere.

Per altro verso, non si può sfuggire all'ulteriore interrogativo volto a chiarire se l'arricchimento della tipologia delle azioni disciplinate dal codice del processo possa rappresentare un motivo di ostacolo alla realizzazione di un sistema di tutela efficiente. Una risposta valida per tutte le ipotesi oggi disciplinate dal d.lgs. n. 104/2010 non può essere formulata, se non a rischio di evidenti forzature, sul piano interpretativo, delle disposizioni vigenti.

Più in particolare, se si pone l'attenzione alle domande volte a censurare il comportamento inadempiente dell'amministrazione laddove quest'ultima è obbligata a provvedere, non vi è dubbio che il rito speciale sul silenzio, così come venuto affermandosi in sede giurisprudenziale prima, e ripreso puntualmente dal legislatore in occasione della recente riforma, consente di coniugare il profilo dell'effettività della tutela con quello dell'efficienza del sistema processuale.

Non altrettanto può dirsi allorché lo stesso interrogativo venga posto con riferimento specifico all'azione risarcitoria e a quella cautelare. Nel primo caso, infatti, la necessità di assicurare soluzioni che non si frappongano eccessivamente al raggiungimento dei risultati prefissi dall'amministrazione, può comportare il sacrificio di una tutela effettiva (consistente nel conseguimento del bene della vita per cui si è attivata la controversia), dovendosi il ricorrente accontentare di una pronuncia che disponga una reintegrazione della situazione soggettiva violata mediante il riconoscimento di misure risarcitorie per equivalente (con tutto ciò che ne deriva sul piano dei tempi e della relativa quantificazione, stante la tradizionale incertezza che caratterizza l'intervento del giudice amministrativo su questi specifici aspetti).

Analoghe considerazioni possono svolgersi in ordine al depotenziamento della tutela cautelare che viene a subire, in conseguenza delle modifiche apportate dal c.p.a. nel contenzioso in materia di contratti pubblici, laddove l'accoglimento della domanda cautelare viene subordinata all'esito di una valutazione di prevalenza, da parte del giudice amministrativo, dei requisiti di gravità e urgenza prospettati dal ricorrente «rispetto alle esigenze di incolumità pubblica evidenziate dalla stazione appaltante»<sup>24</sup>.

Nella stessa direzione, inoltre, potrebbero interpretarsi i condizionamenti evidenziati riguardo alla possibilità di proporre in via autonoma l'azione risarcitoria, in conformità a quanto disciplinato dall'art. 30 c.p.a. quanto posto che il legislatore sembra aver privilegiato la certezza dei rapporti giuridici e la speditezza dell'azione amministrativa, anche a costo di comprimere le giuste istanze connesse alla concreta attuazione di un sistema di tutela capace di assicurare una protezione effettiva della sfera giuridica del ricorrente.

Ed ancora, le limitazioni discendenti da un modello processuale efficiente possono spiegarsi con l'esigenza di garantire all'amministrato strumenti di protezione della propria situazione soggettiva celeri e capaci di fornire risposte definitive a quanti devono assumere delle decisioni rilevanti anche se non strettamente valutabili dal punto di vista giuridico. A tal proposito merita sicuramente accennare alle conseguenze che l'intervento del giudice amministrativo è in grado di produrre sul piano economico, soprattutto alla luce della sfavorevole congiuntura che il nostro Paese sta attraversando in questi ultimi anni (Pajno, 2014). Nell'analisi condotta al di fuori del dibattito giuridico, è sempre più frequente registrare note di disappunto, se non addirittura di fastidio, per alcune pronunce dell'autorità giurisdizionale sempre più spesso lette come una sorta di intralcio alla realizzazione di obiettivi ritenuti strategici per il recupero della competitività. Allo stesso tempo, al giudice amministrativo è richiesto di collaborare al perseguimento di interessi pubblici molto delicati e determinanti per una compiuta integrazione e attuazione dei diritti posti a base dell'ordinamento europeo (intendiamo riferirci alla concorrenza e a tutte le ipotesi di ampliamento della legittimazione ad agire nei casi sopra esaminati).

Tutto ciò si traduce in una contrazione, inevitabile, degli spazi fin qui conquistati dal cittadino in questi centocinquanta anni, all'interno del modello di giustizia amministrativa. Occorre pertanto chiedersi fino a che punto detti spazi possano essere ridotti ed entro quali limiti l'opzione in favore di un modello efficiente, capace di utilizzare al meglio la risorsa giustizia, consenta di perseguire in maniera equilibrata entrambi gli obiettivi senza con ciò compromettere il principio di effettività della tutela, opportunamente inserito dal legislatore costituente a salvaguardia sia del singolo che di una buona amministrazione.

*Note*

- <sup>1</sup> Intendiamo riferirci a Corte cost., 1 febbraio 1982, n. 8.
- <sup>2</sup> È questo il senso della novità introdotta ex art. 3, l. 21 luglio 2000, n. 205.
- <sup>3</sup> Così Cons. St., Ad. plen., 30 marzo 2001, ord. n. 1.
- <sup>4</sup> Cfr. Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204.
- <sup>5</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3.
- <sup>6</sup> Fondamentale il richiamo al *leading case* rappresentato da Cons. St., Ad. Plen. 10 marzo 1978, n. 10.
- <sup>7</sup> Intendiamo fare riferimento alla decisione dell'Adunanza Plenaria, 9 gennaio 2002, n. 1.
- <sup>8</sup> Così Cons. St., sez. V, 29.11.2011.
- <sup>9</sup> Cfr, testualmente, Cons. St., Ad. Plen. 15 gennaio 2013, n. 2.
- <sup>10</sup> Intendiamo richiamare le ben note pronunce di Cons. St., sez. V, 9 marzo 1973, n. 523 e Cons. St., Ad. Plen. 19 novembre 1979, n. 24.
- <sup>11</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 7.07.2008, n. 3363.
- <sup>12</sup> Vedasi, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 13 luglio 2000, n. 390; Cons. Stato, Sez. V, 27 settembre 1991, n. 1183.
- <sup>13</sup> Così, testualmente, Cons. St., Ad. Plen. n. 24/1979, cit.
- <sup>14</sup> Tale disposizione è stata fatta salva dall'art. 318 del d.lgs. 152/2006, che ha invece abrogato la restante parte del contenuto originario dell'art. 18, l. n. 349/1986.
- <sup>15</sup> È questa l'indicazione che emerge dalla lettura degli artt. 309 e 310, d.lgs. n. 152/2006.
- <sup>16</sup> Sul punto si rinvia al contenuto dell'art. 309, co. 1, d.lgs. n. 152/2006, cit.
- <sup>17</sup> Introdotto con d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.
- <sup>18</sup> Significativa, in tal senso, la decisione del Cons. St., sez. VI, 2 ottobre 2006, n. 5760.
- <sup>19</sup> Cfr. art. 35, l. 22 dicembre 2011, n. 214 che ha integrato l'art. 21, l. n. 287/1990, attraverso l'introduzione dell'art. 21 *bis*.
- <sup>20</sup> Intendiamo riferirci all'intervento della Corte Costituzionale con le note sentenze additive 1. febbraio 1982, n. 8; 28 giugno 1995, n. 190; 23 aprile 1987, n. 146; nonché, per certi aspetti, v. anche Corte Cost. 18 maggio 1989, n. 256.
- <sup>21</sup> Cfr. Cons. Stato Ad. Plen. 13 aprile 2015, n. 4.
- <sup>22</sup> Cfr. Cons. Stato Ad. Plen. 27 aprile 2015, n. 5.
- <sup>23</sup> Trattasi della ben nota sentenza del Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755.
- <sup>24</sup> Così, testualmente, art. 9, co. 2 *sexies*, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, c.d. decreto Sblocca Italia.

*Riferimenti bibliografici*

- Bachelet V. 1966, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano.
- Benvenuti F. 1953, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Cedam, Padova.
- 1983, *Evoluzione del processo amministrativo*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario dell'istituzione del Consiglio di Stato*, Milano: 217 sgg.
- 2006, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano.
- Berti G. 1972, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 1861-1897.
- 1987, *Art. 113*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Roma-Milano.
- Carbone A. 2012, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino.
- 2014, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. Proc. Amm.*: 423-485.
- Cerulli Irelli V. 2014, *Legittimazione soggettiva e legittimazione oggettiva ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*: 341-390.
- Cintioli F. 2013, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Giustamm.it*.
- Clarich M. 2005, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*: 557-600.
- Comoglio P. 1996, *Riforme processuali e poteri del giudice*, il Mulino, Bologna.
- Cudia C. 2012, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Maggioli, Rimini.
- Ferrara L. 2013, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir.pro.amm.*: 617-668.
- Figorilli F. 2002, *La giurisdizione piena del giudice ordinario nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino.
- Giannini M.S. 1964, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, III: 217-252.
- Giusti A. 2012a, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- 2012b, *La 'nuova sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Dir. Proc. Amm.*: 293-328.
- Lipari M. 2010, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, in *Federalismi.it*.
- Merusi F. 2012, *In viaggio con Laband*, in <<http://www.giustamm.it>>.
- Menchini S. 2000, *La tutela del giudice ordinario*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Il processo amministrativo*, t. IV, Milano.

- Migliorini L. 1990, *Parti, I) diritto processuale amministrativo (voce)*, in *Enc. Giur. Treccani* Roma: 1-7.
- Nigro M. 1976, *Giustizia amministrativa*, il Mulino, Bologna.
- Onida V. 1986, *Profili costituzionali della giustizia amministrativa e sua riforma*, in *Amministrare*: 421-432.
- Pajno A. 1994, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*: 419-484.
- 2014, *Giustizia amministrativa ed economia*, Relazione al 60 Convegno di studi amministrativi, Varenna.
- Piras A. 1962, *Interesse legittimo e oggetto del giudizio*, Giuffrè, Milano.
- Police A. 2000-2001, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, voll. I e II, Cedam, Padova.
- Protto M. 1997, *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, Giuffrè, Milano.
- Saitta F. 2007, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*: 303 sgg.
- Satta S. 1954, *Interesse ad agire e legittimazione*, in *Foro it.*: 169-178.
- 1964, *Il processo nell'unità dell'ordinamento*, in *Temi Romana*: 277-281.
- 1983, *Diritto processuale Civile*, Cedam, Padova.
- Scoca F.G. 2008, *Divagazione su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*: 1-13.
- 2011, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. Giuridico*: 988-994.
- Scoca F.G., D'Orsogna M. 1995, *Silenzio clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*: 393-450.
- Travi A. 2002, *Giudizio sul silenzio e nuovo processo amministrativo*, in *Foro It.*, III: 227-236.
- Vaiano D. 2012, *Sindacato di legittimità e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, in <<http://www.giustamm.it>>, 23 maggio.
- Villata R. 1991, *Legittimazione processuale, I) diritto processuale amministrativo (voce)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma: 1-6.



# IL GIUDICE AMMINISTRATIVO ALLA PROVA DEI FATTI: PER UNA SPECIALITÀ DI SERVIZIO

*Simone Lucattini*

SOMMARIO – 1. Fatti, norme sulle prove, giudice amministrativo. 2. Una resistente ritrosia per l'istruttoria. 3. Gli alibi. 4. Giudice-amministratore ed effettività della tutela. 5. Per una specialità di servizio.

## *1. Fatti, norme sulle prove, giudice amministrativo*

Elementi essenziali dell'istruttoria sono, in ogni processo, i fatti la cui conoscenza è rilevante per il giudizio, le norme sulle prove, il giudice, il quale con gli strumenti a sua disposizione procede all'accertamento della realtà, in vista della risoluzione della controversia. I fatti, in particolare, costituiscono il punto di partenza del ragionamento del giudicante, da cui muove l'interpretazione finalizzata ad individuare un significato della norma applicabile alla fattispecie concreta.

Nel giudizio amministrativo, il giudice, a seguito della progressiva estensione del sindacato e dell'apertura del processo ad una pluralità di azioni<sup>1</sup>, è oggi chiamato, sempre più spesso, a conoscere i presupposti tecnici e fattuali del potere<sup>2</sup>. Questa nuova articolazione dei poteri decisori e, ad un tempo, del diritto d'azione delle parti, non pare a sua volta poter prescindere da un corrispondente ampliamento dei mezzi di cognizione<sup>3</sup> e dal loro pieno utilizzo, in ossequio ai principi di effettività (art. 24 Cost.), giusto (art. 111 Cost.) ed equo processo (art. 6 Convenzione europea dei diritti dell'uomo). In tale prospettiva, l'art. 63, commi 2-5, del decreto legislativo 2.07.2010, n. 104 (codice del processo amministrativo) ha esteso i poteri istruttori del giudice, ammettendo, oltre alle più tradizionali prove documentali (chiarimenti e documenti), l'ispezione di cui all'art. 118 c.p.c., la prova testimoniale, la verifica e la consulenza tecnica d'ufficio. Ma soprattutto, l'art. 63, comma 5, c.p.a. – quale norma di chiusura del sistema probatorio – consente ora al giudice di disporre di tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi soltanto l'interrogatorio formale ed il giuramento<sup>4</sup>. Con la codificazione del processo amministrativo, la limitatezza degli strumenti istruttori all'interno del processo amministrativo sembrerebbe, dunque, oramai venuta meno, essendosi superata ogni distinzione tra giurisdizione di legittimità, esclusiva e di merito per quanto concerne la cognizione del fatto. Pertanto il giudice amministrativo, anche di legittimità, è

oggi, come storicamente il giudice di merito, giudice del fatto, fornito di accesso pieno ai profili fattuali e ai rapporti controversi.

Se però si volge l'attenzione all'uso che la giurisprudenza fa dei mezzi istruttori si può ancora registrare una certa ritrosia per l'istruttoria (*infra*, par. 2). Tale rilievo empirico, che differenzia profondamente il giudizio amministrativo da quello civile, consente quindi di sviluppare un ragionamento oltre il dato puramente tecnico-normativo: se i fatti controversi (ad esempio, il momento di instaurazione di un rapporto di lavoro, la distanza di un manufatto)<sup>5</sup> sono in natura identici, qualunque sia il giudice chiamato ad accertarli, e gli strumenti istruttori di cui sono dotati i due giudici, civile e amministrativo, sostanzialmente coincidono<sup>6</sup>, la ragione dei differenti atteggiamenti in tema d'istruttoria andrà, ragionevolmente, ricercata altrove.

L'ipotesi di studio è che le resistenze del giudice amministrativo nello sfruttare a pieno le proprie possibilità cognitive siano dovute, non a questioni di diritto positivo o di tecnica processuale, bensì a ragioni di ordine storico, ideologico e culturale, di come cioè il giudice percepisce se stesso ed il proprio ruolo all'interno del processo e nei confronti del potere pubblico. Per verificare la validità di tale ipotesi, pare necessario assumere una prospettiva d'indagine inductiva e pragmatica<sup>7</sup>, attenta anzitutto alla prassi giurisprudenziale. Per questa via, si potrà dunque 'mettere alla prova' l'attualità e la stessa ragion d'essere della giurisdizione speciale, tradizionalmente rinvenuta nella superiore 'sensibilità per le cose amministrative', frutto della particolare 'specializzazione sul potere' del giudice amministrativo. In quest'ottica, la questione della specialità pare poter essere finalmente affrontata, non in chiave ideologica, bensì in concreto, a partire dall'istruttoria processuale. Il che conduce infine a chiedersi se le particolari capacità cognitive ritenute in possesso del giudice speciale amministrativo, per la sua formazione o per le esperienze maturate nel proprio percorso professionale, possano esimerlo da puntuali accertamenti istruttori in ordine ai fatti e ai presupposti tecnici del potere.

Su un piano più generale, un simile ragionamento sulla specialità si inserisce in quadro ordinamentale in cui la giurisdizione è concepita, essenzialmente, come «servizio per la collettività», finalizzato all'«efficacia delle soluzioni»<sup>8</sup>, e dove la pluralità delle giurisdizioni costituisce anch'essa «un servizio al cittadino, per trattare in modo più compiuto ed efficace determinate questioni»<sup>9</sup>. In tale contesto, ove «anche la giustizia deve adeguarsi alle regole della concorrenza»<sup>10</sup>, tra i diversi giudici e tra rimedi giurisdizionali e alternativi<sup>11</sup>, la specialità della giurisdizione amministrativa, come di ogni giurisdizione, sembra infatti potersi fondare soltanto su ragioni di effettività del servizio-giustizia reso, e non su meriti storici<sup>12</sup> e men che mai sul «feticcio» della tradizione (Ferrara, 2014: 579).

## 2. *Una resistente ritrosia per l'istruttoria*

Superata l'attenzione, quasi ossessiva, per il catalogo delle prove ammissibili, sconosciuta negli altri rami dell'ordinamento, ove, da sempre, si guarda piuttosto alla atipicità e strumentalità delle tecniche di accertamento della verità, anche il processo amministrativo, in virtù della richiamata disciplina codicistica, pare finalmente potersi aprire ad un confronto diretto con i fatti ed i saperi tecnici, alla ricerca del mezzo probatorio più utile, in ragione della particolarità del caso concreto.

Di questa evoluzione, strettamente connessa alla mutata configurazione del processo amministrativo (non più di mera impugnazione) e al pieno affermarsi del paradigma soggettivo, la giurisprudenza mostra, peraltro, assoluta consapevolezza, riconoscendo apertamente che nel giudizio amministrativo «la componente del “fatto” ha ormai raggiunto quantomeno lo stesso peso di quella del “diritto”»<sup>13</sup>. A dispetto di tali condivisibili affermazioni, l'analisi del dato giurisprudenziale fa tuttavia emergere una persistente resistenza nel compiere, pur in assenza di reali limiti di ordine tecnico e positivo, una approfondita opera di scavo nella realtà fattuale sottostante le più ‘raffinate e pregiate’ questioni di diritto. Il panorama giurisprudenziale si presenta comunque piuttosto vario e differenziato, con pronunce inclini a riconoscere l'esigenza del giudice amministrativo di «spingersi “oltre” la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento»<sup>14</sup>, ed altre, invece, che sembrano ancora risentire della tradizionale ritrosia per l'istruttoria. Nel primo senso, meritevoli d'attenzione appaiono alcune sporadiche pronunce che ammettono l'interrogatorio libero, riconoscendo che «solo il “contatto” con le parti, nell'immediatezza dell'oralità, può fornire indispensabili elementi “sensitivi” di convincimento ai fini del riscontro e della valutazione delle prove documentali già acquisite»<sup>15</sup>. L'interrogatorio è stato poi altrove impiegato per «accertare l'effettivo contenuto dei rapporti intercorsi tra il Comune e la società» incaricata di svolgere un servizio di pubblica utilità<sup>16</sup>; o per verificare le «circostanze di tempo e di luogo» e le «modalità con cui si svolgono le attività di esercizio pubblico» in una importante piazza cittadina<sup>17</sup>; ovvero, in vista della più completa cognizione di valutazioni tecniche, come avvenuto in giudizi aventi ad oggetto atti dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico<sup>18</sup>, o, comunque, per «comprendere in maniera più esauriente i termini reali delle operazioni economiche e dei meccanismi tecnici celati dietro il linguaggio specialistico utilizzato»<sup>19</sup>.

Anche la testimonianza viene ammessa con estrema cautela, in forma scritta – come prevede la già restrittiva disciplina codicistica (art. 63, comma 3, c.p.a.)<sup>20</sup> –, e ove «strettamente indispensabile»<sup>21</sup>, estendendo così in via di fat-

to il requisito dell'indispensabilità che il legislatore ha invece posto come condizione di ammissibilità esclusivamente della consulenza tecnica d'ufficio (art. 63, comma 4, c.p.a.).

Scorrendo ancora la giurisprudenza, non si rinvencono pronunce che ammettono l'ispezione prevista dall'art. 63, comma 2, c.p.a., che pure potrebbe consentire al giudice l'accesso diretto ai fatti di causa, senza neppure l'interposizione di testimoni o periti tecnici<sup>22</sup>; più spesso si ricorre invece all'ordine di esibizione *ex* art. 210 c.p.c.<sup>23</sup> che, però, riguarda documenti detenuti dalla pubblica amministrazione, contenenti quindi un'indiretta rappresentazione della realtà.

Le riferite pronunce appaiono, nel loro complesso, sintomatiche di un atteggiamento volto a prediligere le rappresentazioni documentali dei fatti rispetto alla loro più immediata e diretta conoscenza. Un tendenziale distacco dai profili fattuali che emerge soprattutto nelle controversie in cui risulterebbe, invece, essenziale accertare la sussistenza di un dato materiale (per esempio il momento di realizzazione di un manufatto abusivo)<sup>24</sup> o piuttosto riguardanti richieste di risarcimento danni<sup>25</sup>, dove il mancato utilizzo dei nuovi mezzi istruttori rischia di precludere l'acquisizione di dirimenti elementi di prova.

Volgendo lo sguardo non più ai puri fatti, bensì ai fatti tecnici, e quindi al sindacato sulle valutazioni tecnico-discrezionali, il dato che emerge con maggiore evidenza è il limitato ricorso a consulenze tecniche d'ufficio, a riprova del tutt'ora complicato rapporto tra giudice e saperi tecnici<sup>26</sup>, anch'esso non spiegabile alla luce del mero dato normativo. Infatti, il comma 4 dell'art. 63 c.p.a., che ammette il ricorso alla CTU solo se «indispensabile», elevando di fatto la verifica a mezzo privilegiato per l'accertamento delle questioni fattuali e tecniche più complicate, non sembra dare vita ad una irragionevole limitazione istruttoria, poiché il requisito della indispensabilità appare facilmente superabile, al punto da risultare, in pratica, inidoneo ad impedire al giudice di disporre la consulenza tecnica ogni volta lo ritenga necessario. Eppure, si registra una diffusa tendenza del giudice amministrativo a negare la consulenza tutte le volte in cui le valutazioni tecniche in questione non siano connotate da «incertezza intrinseca»<sup>27</sup> o «affette da irragionevolezza od illogicità»<sup>28</sup>, ovvero oggetto di «vistoso disaccordo tra le parti»<sup>29</sup>, quasi che, fuori da questi casi, la ricostruzione contenuta nell'atto impugnato possa generalmente ritenersi sufficiente per la piena percezione dei fatti di causa.

Altre recenti sentenze non dispongono invece CTU sull'assunto per cui, in riferimento alle valutazioni tecniche dell'amministrazione, «non è ammesso un sindacato di merito del giudice amministrativo, ma soltanto quello di legittimità nelle ipotesi di evidenti e macroscopici vizi logici, desumibili dalla motivazione degli atti impugnati»<sup>30</sup>. A simili conclusioni si perviene talvolta anche evocando il generale divieto del giudice di sostituirsi all'amministrazione in valutazioni

opinabili, quali quelle relative, ad esempio, alla anomalia di un'offerta in sede di gara<sup>31</sup> o alla dipendenza da causa di servizio di una patologia, dove la consulenza non viene ammessa in quanto gli organi tecnici a ciò preposti, «per la competenza specifica che gli è attribuita», sarebbero in assoluto «meglio in grado di cogliere se esista o meno un nesso eziologico tra l'insorgenza di una infermità ed il tipo di lavoro svolto nell'ambito dell'Amministrazione»<sup>32</sup>. Ragionamento, questo, che se portato alle sue logiche, ed estreme, conseguenze renderebbe pressoché superfluo ogni sindacato sulla discrezionalità tecnica esercitata da organismi tecnici specializzati istituiti in seno alla pubblica amministrazione, *a priori* ritenuti meglio in grado di effettuare gli apprezzamenti di loro competenza.

Una maggiore propensione a verificare i presupposti tecnici del potere sembra però emergere nei giudizi aventi ad oggetto atti delle autorità amministrative indipendenti. Di recente, ad esempio, con riferimento ad una sanzione pecuniaria irrogata dall'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo (ISVAP, poi IVASS), il giudice, al fine di pervenire alla «esatta valutazione del fatto», ha dapprima disposto una consulenza tecnica, poi, chiamato per chiarimenti il perito tecnico e, infine, ordinato un supplemento d'istruttoria, chiedendo specificamente all'amministrazione di «sviluppare i calcoli consequenziali agli errori metodologici contestati alla società ricorrente, dando evidenza numerica al Collegio dell'effetto di tali errori sull'entità dei premi tecnici relativi al profilo oggetto di sanzione»<sup>33</sup>.

Altrettanta sensibilità e attenzione non paiono, invece, riscontrabili nell'ambito delle controversie di tipo risarcitorio<sup>34</sup>, ove pure l'apporto di un esperto in grado di valutare il fatto dannoso e quantificare il danno risarcibile potrebbe consentire al giudice di affrancarsi dalla tendenza a identificare e liquidare le relative voci secondo criteri astratti e di tipo indennitario<sup>35</sup>. Né si discosta da tale resistente orientamento la giurisprudenza in materia di consulenza tecnica preventiva *ex art. 696 bis c.p.c.* ritenuta, al pari della più classica CTU, ammissibile solo se indispensabile<sup>36</sup>, ovvero negata perché rispondente «solo indirettamente – ed in via puramente residuale – ad esigenze di natura probatoria»<sup>37</sup>, svilendo così l'apporto istruttorio e *lato sensu* conciliativo dell'esperto in grado, specie nelle controversie risarcitorie, di valutare i danni e quantificarli prognosticamente, in vista della risoluzione stragiudiziale della controversia.

In generale, pare potersi affermare che, nel sindacato sui fatti tecnici, il giudice amministrativo tende ancora a preferire la 'vecchia' verifica, utilizzata per soddisfare le più svariate esigenze probatorie<sup>38</sup>. Trattasi, del resto, di un più tradizionale e, per certi versi, rassicurante strumento, collegato con l'amministrazione pubblica e dal carattere esclusivamente documentale, ancorché assai duttile, potendo comprendere, come a suo tempo notato, «un multiforme complesso di accertamenti» (Tentolini, 1950: 134)<sup>39</sup>.

In conclusione, l'analisi del dato giurisprudenziale sembra evidenziare come all'avvenuto ampliamento dei mezzi istruttori non sia corrisposta una maggiore propensione del giudice amministrativo ad 'andare oltre' la ricostruzione dei fatti compiuta dall'amministrazione e a confrontarsi con i saperi tecnici. Alcune aperture in tal senso si sono registrate nel sindacato sugli atti delle autorità indipendenti, dove il giudice, come visto, ha talora disposto l'interrogatorio libero delle parti o richiesto consulenze tecniche. Scelte queste senz'altro condivisibili, in considerazione dell'elevato contenuto tecnico di tali controversie, a condizione però che non si crei una sorta di 'doppio binario istruttorio', tenuto conto che ogni differenziazione nell'ambito e nella profondità dell'istruttoria dovrebbe dipendere soltanto dall'oggetto della cognizione – *sub specie* di complessità e rilevanza dei fatti da accertare –, e non dal peso economico-sociale della controversia.

### 3. *Gli alibi*

Due sono gli alibi, quasi mai apertamente dichiarati, per giustificare il mancato utilizzo dei mezzi istruttori nel giudizio amministrativo: l'allungamento dei tempi del giudizio e la 'specializzazione sul potere' tradizionalmente riconosciuta al giudice dell'amministrazione, che renderebbe spesso superflue più approfondite indagini.

Quanto al primo dei menzionati alibi, si può osservare che il principio della ragionevole durata, cui giustamente si tende a riconoscere un rilievo sempre più ampio e assorbente (specie nel contenzioso economico: Pajno, 2016: 17 sgg.), rischia però, in nome della celerità<sup>40</sup>, di favorire decisioni di carattere sostanzialmente equitativo, potendo esimere il giudice dai necessari approfondimenti istruttori<sup>41</sup>. Per evitare che ciò accada, pare dunque opportuno rinvenire un punto di equilibrio tra ragionevole durata e completezza istruttoria.

Ebbene, pur in assenza di una apposita udienza istruttoria<sup>42</sup>, del tipo di quella prevista dall'art. 183 c.p.c., in cui il giudice possa valutare le esigenze istruttorie, consentendo alle cause di giungere già istruite all'udienza di discussione, il giudice potrebbe, anche a legislazione vigente, disporre incombenti nel corso del giudizio e rinviare ad apposite udienze l'ammissione di consulenze tecniche d'ufficio, accertamenti tecnici preventivi o verificazioni<sup>43</sup>. Simili soluzioni pretorie, se, da un lato, rischiano di rimettere ad ogni singolo giudice la creazione delle regole sull'assunzione dei mezzi di prova, dall'altro, sembrano tuttavia poter consentire il pieno utilizzo dell'ampio ventaglio di strumenti istruttori oggi disponibili, contemperando ragionevole durata e diritto alla prova.

Nel senso della massima accelerazione processuale si muove, invece, la rilevata «interconnessione tra sentenza in forma semplificata e istruttoria *debole*» (Lombardi, 2016: 134), già delineata all'interno del rito super-compresso degli

appalti pubblici (art. 40 d.l. 24. 06. 2014, n. 90, convertito in l. 11.08.2014, n. 114), e ora riproposta ed estesa all'intero processo amministrativo dal nuovo art. 71 *bis* c.p.a., quale possibile effetto del deposito dell'istanza di prelievo<sup>44</sup>. Nell'ambito di questi riti accelerati l'estrema contrazione dei tempi di decisione tende infatti, inevitabilmente, a comprimere lo spazio dedicato all'istruttoria.

In ogni caso, nell'ottica della presente ricerca, l'attenzione sembra piuttosto doversi concentrare sul – mai dichiarato – alibi costituito dalla particolare 'specializzazione sul potere' del giudice amministrativo<sup>45</sup>. È qui che il tema dell'istruttoria processuale si salda con quello della specialità della giurisdizione.

Come noto, la *ratio* della specialità del giudice dell'amministrazione è stata in passato autorevolmente rinvenuta in «attitudini formate sulla base di una esperienza vissuta o, in altri termini, di un'aderenza alla realtà dei rapporti controversi più penetrante di quella che possa provenire dal di fuori, *dalla mera consultazione di un esperto*» (Mortati, 1972, corsivo aggiunto). Ciò significa che le pregresse esperienze professionali maturate dal giudice amministrativo gli consentirebbero di disporre di capacità e di conoscenze tecniche, o anche generali (compresi massime di esperienza, fatti notori), superiori alla media, che potrebbero rendere superflua la nomina di un consulente tecnico<sup>46</sup> o il ricorso ad altri mezzi istruttori. Tale risalente idea sembra tuttavia non più in linea con l'attuale modo di essere dell'amministrazione, sempre *meno speciale* e sempre *più tecnica*. Sicuramente, infatti, il giudice amministrativo, che talora proviene dai ruoli dell'amministrazione, può aver maturato, grazie alla sua particolare posizione istituzionale, competenze specialistiche e attitudini che superano, anche di molto, quelle medie; ciò attraverso lo svolgimento di precedenti attività lavorative o di incarichi esterni<sup>47</sup> (di recente però oggetto di significative limitazioni normative)<sup>48</sup>. Si pensi, ad esempio, alle esperienze che il giudice potrebbe aver maturato in seno ad una amministrazione-stazione appaltante, che possono tornargli utili per decidere sull'anomalia di un'offerta presentata in sede di gara o sul prezzo base di un appalto, senza avvalersi di un esperto<sup>49</sup>; ovvero al fatto che la preparazione dei giudici amministrativi, essendo selezionati attraverso un concorso di secondo grado o scelti per nomina governativa tra i più alti funzionari pubblici<sup>50</sup>, risulta molto spesso filtrata da anni di concreta esperienza amministrativa. Con riguardo alla successiva carriera svolta all'interno della magistratura amministrativa, si deve poi tener conto della acquisita specializzazione disciplinare, che può consentire al giudice di sviluppare nel tempo un'approfondita conoscenza di specifici campi dell'azione amministrativa. Tale elevata competenza specialistica può essere, peraltro, in concreto accresciuta grazie alle regole interne di riparto, che tendono a concentrare il contenzioso amministrativo su atti tecnicamente complessi, quali ad esempio quelli delle autorità amministrative indipendenti, presso la medesima sezione del Consiglio di Stato o un'unica

sezione 'specializzata' di Tribunali amministrativi, a loro volta dotati di competenza funzionale inderogabile<sup>51</sup>.

Altrettanto vero è però che il giudice amministrativo non è di per sé specialista in nessuna disciplina tecnica<sup>52</sup>, a meno di non ritenerlo, astrattamente e genericamente, 'sapiente di amministrazione- specialista in amministrazione'. Ma, la materia-amministrazione appare davvero troppo vasta e trasversale per poter assurgere ad autonomo campo del sapere, tenuto anche conto che le scelte amministrative risultano, oggi, in buona parte intrise di profili tecnico-specialistici, quasi sempre impenetrabili da parte di un giudice che rimane un 'generalista'<sup>53</sup>.

In definitiva, le conoscenze acquisite dai magistrati amministrativi-persone fisiche nel loro percorso formativo e professionale potranno semmai servire a quei giudici per fare a meno, in taluni casi, di consulenze tecniche o altre verifiche istruttorie, ma certo non giustificano l'ancora diffusa ritrosia istruttoria, né tantomeno sembrano poter fondare, in chiave moderna, la specialità della giurisdizione amministrativa. Il raffronto con le altre giurisdizioni speciali, dove le competenze tecniche vengono, almeno in teoria (se il reclutamento avviene a seguito di una severa selezione tecnica, osserva Lupi, 2000: 265, con riferimento al giudice tributario), assicurate dalla presenza di componenti non togati all'interno dei collegi, sembra indirettamente confermare tale assunto. A differenza della giurisdizione amministrativa, la specialità, infatti, si basa qui su un dato «strutturale», costituito dalla particolare composizione dell'organo giudicante, e non su una generale indistinta «sensibilità per le cose amministrative». Si pensi, in tal senso, al Tribunale superiore delle acque pubbliche composto, sin dalla sua origine, anche da ingegneri<sup>54</sup>, al fine di dare alle controversie in materia di acque un giudice «che avesse le cognizioni tecniche necessarie per l'esame integrale ed organico di ogni controversia a lui sottoposta»<sup>55</sup>. A prescindere dalla questione inerente l'attualità o meno di una giurisdizione speciale e specializzata sulle acque, è interessante osservare come nelle ormai risalenti norme di procedura sia possibile individuare un collegamento tra la presenza degli esperti all'interno dei collegi giudicanti e la disciplina istruttoria, quale emerge dall'art. 167, commi 1 e 3, del regio decreto n. 1775/1933, che difatti prevede soltanto «in casi eccezionali»<sup>56</sup> l'esperimento di una consulenza tecnica 'esterna', mentre normalmente «occorrendo accertamenti tecnici, il giudice vi procederà [...] insieme con uno dei componenti del Tribunale stesso indicati nella lettera d) dell'art. 139 (ingegneri iscritti all'albo, n.d.r.)»<sup>57</sup>.

Analoghe esigenze di specializzazione sono alla base della composizione mista delle commissioni tributarie, di cui fanno parte magistrati ed esperti dei vari settori che interferiscono con le controversie fiscali (commercialisti, periti agrari ecc.). Ove, poi, le liti richiedano competenze ancora più specialistiche, il giu-

dice potrà comunque avvalersi di una consulenza tecnica, espressamente prevista dall'art. 7, comma 2, decreto legislativo 31.12.1992, n. 546 nei casi, teoricamente circoscritti, in cui «occorre acquisire elementi conoscitivi di particolare complessità».

Specialisti di formazione extragiuridica non sono invece inseriti nel corpo dei magistrati contabili, per quanto nella giurisdizione contabile sia da tempo avvertita l'esigenza di «potenziare la Corte anche con riguardo alla professionalità dei suoi magistrati: che debbono essere – come in altri paesi – non soltanto giuristi, ma anche economisti» (D'Auria, 2009: 10), al punto che l'art. 3, comma 8, della legge 15.05.1997, n. 127 aveva previsto una riserva di posti in favore di laureati in scienze economiche o statistiche<sup>58</sup>.

Riannodando le fila del ragionamento svolto, tra specialità e istruttoria, si osserva che la composizione 'tecnica' dei collegi giudicanti del giudice delle acque e di quello tributario potrebbe, ragionevolmente, in pratica giustificare un minor impiego di accertamenti istruttori; eppure soprattutto il giudice tributario fa ampio – e forse anche eccessivo, vista la sua connotazione tecnica (ma il vero problema qui, come accennato, sono le modalità di selezione) – ricorso a CTU (Marello, 2005). Alla luce di ciò appare tanto più difficile giustificare le resistenze istruttorie ancora affioranti nella giurisprudenza amministrativa, laddove la specialità non si basa sulla perizia tecnica, bensì sull'acquisita esperienza nelle questioni amministrative, maturata per effetto della prossimità alle sue vicende. Il giudice amministrativo non può infatti vantare una specifica competenza in determinate branche del sapere (tipica di giudici non togati), ma, come ridetto, una più generale 'sensibilità per le cose amministrative', quasi sempre insufficiente, però, per sindacare con pienezza fatti tecnici complessi. Altrimenti, tale indiscutibile maggiore pratica rischierebbe di assumere i tratti di una quasi sacrale capacità di percezione/comprendimento delle questioni amministrative (anche ad elevato contenuto tecnico), in grado di giustificare l'amputazione dell'istruttoria tecnica, a prescindere dalle reali conoscenze del singolo giudice e dalla necessità oggettiva di approfondimenti istruttori.

Per quanto riguarda invece l'istruttoria sui meri fatti (scevri da profili tecnici), va detto che la pretesa di tali superiori attitudini sembra poter condurre a esiti ancor meno accettabili. Infatti se, in taluni casi, per il suo particolare percorso professionale, è ragionevole ritenere che il giudice amministrativo possa possedere specifiche cognizioni, non è d'altra parte pensabile che egli possieda una più elevata capacità di percezione dei puri fatti, che gli consenta di fare ad esempio a meno di una ispezione di luoghi o cose o di una prova testimoniale, quasi che la particolare *forma mentis* del giudice speciale consentisse anche una più potente percezione della realtà, tale da supplire al più ravvicinato ed immediato contatto con i fatti che si realizza tramite queste prove.

#### 4. *Giudice-amministratore ed effettività della tutela*

Una certa ritrosia del giudice amministrativo per l'istruttoria pare rappresentare una costante del nostro sistema di giustizia amministrativa, dalle origini legalistiche e tutorie fino al presente, caratterizzato dall'enfaticizzazione del valore soggettivo dell'effettività della tutela. I vecchi schemi istruttori, ancorati alle ricostruzioni documentali contenute nel provvedimento impugnato, appaiono, del resto, perfettamente in linea con la cultura e l'ideologia di un giudice «profondamente e ideologicamente immerso nell'amministrazione» (Travi, 2013: 146). In quest'ottica, le rilevate resistenze istruttorie costituiscono forse uno degli ultimi residui di un atteggiamento culturale con radici profonde, che affondano nel momento genetico del sistema, segnato dal distacco del giudice dall'amministrazione. Come autorevolmente osservato, infatti, «a mano a mano che il giudice amministrativo acquistava consapevolezza del carattere giurisdizionale della sua funzione, egli *si estraniava dalle vicende reali* dell'amministrazione ed assumeva un atteggiamento via via più *distaccato* e quindi *formale*» (Benvenuti, 1969: 198, corsivo aggiunto). Ebbene, l'eco di questo 'formalistico distacco' si avverte ancora oggi che la parabola della 'giurisdizionalizzazione' appare definitivamente compiuta, con l'avvento del codice processuale, e con l'affermazione del principio d'effettività, scolpito nell'articolo 1 c.p.a.<sup>59</sup>: il giudizio amministrativo non pare infatti del tutto capace di garantire, almeno sotto il profilo istruttorio, un «giudice dentro l'amministrazione» (Benvenuti, 1969: 199), disposto fino in fondo a 'sporcarsi le mani' con i fatti. Tale resistente atteggiamento sembra poi, in tempi recenti, saldarsi ad una visione «assolutizzante» del principio d'effettività della tutela, come mezzo per «conseguire qualsivoglia utilità, seppur non definita *a priori*» (Villata, 2014: 285), dal diritto sostanziale che regola la fattispecie. Come nella nota vicenda del c.d. numero chiuso della Facoltà di Medicina, in cui il Consiglio di Stato non si è limitato a ordinare il rifacimento della prova selettiva irregolare, bensì, sostituendosi all'amministrazione, ha disposto «il risarcimento in forma specifica», mediante l'ammissione al corso di laurea di uno dei candidati<sup>60</sup>. La richiamata pronuncia, che instaura un (logicamente insostenibile) collegamento tra annullamento della prova e conseguimento del bene della vita (ammissione al corso), appare paradigmatica della tendenza del giudice amministrativo a riconoscere al privato, in omaggio all'effettività, utilità maggiori di quelle che gli spetterebbero sulla base del diritto sostanziale, anche a costo di spogliare l'amministrazione delle proprie prerogative decisorie, e fin quasi a confondere l'*effettività* della tutela giurisdizionale con l'*efficacia* dell'azione amministrativa<sup>61</sup>. In tale prospettiva, l'effettività – insieme alla satisfattività<sup>62</sup>, intesa come capacità del giudizio amministrativo di assicurare risultati compatibili con il complessivo assetto degli interessi in gioco, prima an-

cora che con le aspettative dei privati – pare fornire, in una sorta di eterogenesi dei fini, nuova linfa alla vecchia figura del giudice-amministratore capace, «da una singolare posizione collaborativa con l'amministrazione» (Comporti, 2014: 820), di valutare l'interesse pubblico e definire innovativi assetti tra sfera pubblica e posizioni soggettive dei privati. A sua volta, la cennata torsione in senso «decisorio» (Romeo, 2015: 40) del giudizio amministrativo<sup>63</sup> pare suscettibile di influenzare, finalisticamente, l'attività istruttoria, giacché un giudice-amministratore, anche nella più moderna versione all'insegna dell'effettività, sarà naturalmente portato a valorizzare i fatti nella misura in cui gli servano per erogare una tutela incisiva (che è cosa diversa da effettiva). In quest'ottica, il giudice amministrativo potrebbe quindi sentirsi abilitato a «selezionare e configurare» i presupposti fattuali della fattispecie, per poi «dosare la portata delle proprie pronunce in relazione alla propria particolare lettura della natura delle cose» (Comporti, 2014: 784). In pratica, una simile modalità di esercizio del potere decisorio potrebbe dare vita, nella genesi della sentenza, a non sempre riconoscibili sovrapposizioni e intrecci tra momento d'interpretazione delle norme, verifica dei fatti e valutazione dell'interesse pubblico<sup>64</sup>, in grado di plasmare lo «schemetro logico» (Calamandrei, 1965: 54) che sorregge la singola pronuncia. Ed infatti, quanto più elevato è il grado di accuratezza posta dal giudice nell'indagare il fatto, tanto più i giudizi di valore rimarranno tendenzialmente estranei alla decisione, che solo così potrà basarsi su sequenze logico-deduttive controllabili, fattispecie astratta-fatto concreto-effetto giuridico. Viceversa, se il giudice amministrativo non sfrutta tutte le possibilità cognitive a sua disposizione, il dato fattuale rischia di essere diluito in un più ampio quadro di giudizi di valore, criteri equitativi, mediazione tra interessi<sup>65</sup>, opportunità, ragion pratica. In questo modo, l'interesse pubblico, nel lavoro logico-mentale che porta alla formazione della sentenza, potrebbe colmare i vuoti lasciati dalla mancata puntuale, oggettiva, ricostruzione della realtà fattuale ovvero comporre, a livello interpretativo, le note «incongruenze» della legislazione amministrativa (Giannini, 1954: 286). Per questa via, potrebbero dunque ancor oggi trovare spazio quegli «apprezzamenti duttili, elastici», caratterizzanti il *modus operandi* dei giudici speciali rispetto al «sillogismo rigoroso» del giudice ordinario<sup>66</sup>, che non sembrano tuttavia più in linea con il mutato rapporto tra giustizia come servizio e altri poteri dello Stato, né con la progressiva recezione del canone europeo della *full jurisdiction*, espressione del coestensivo principio di effettività. E, d'altra parte, se è vero che effettività della tutela, nella dimensione del processo amministrativo, significa (anche) che la controversia deve poter trovare, ad un certo punto, una soluzione definitiva<sup>67</sup>, allora un compiuto svolgimento dell'istruttoria e, quindi, un accertamento del fatto tale da esaurire, o almeno limitare, la discrezionalità dell'amministrazione nella fase di ri-esercizio del potere successiva al giudi-

cato di annullamento, può risultare strumentale rispetto ad una più rapida, piena e concentrata soddisfazione dell'interesse finale azionato<sup>68</sup>.

### 5. Per una specialità di servizio

Nella rinnovata concezione della giurisdizione come servizio<sup>69</sup>, e non più come potere, la specialità del giudice amministrativo sembra potersi giustificare nella misura in cui consente di elevare la qualità del servizio giustizia reso e soddisfare particolari esigenze di tutela. In tale logica, la specialità deve dunque 'attualizzarsi' ed essere misurata in termini reali, non ideologici, in considerazione dell'*attuale* modo di essere dell'amministrazione e degli *attuali* bisogni di tutela dei privati<sup>70</sup>.

Ebbene, come già notato, il carattere forse più evidente dell'amministrazione contemporanea è dato dalla sempre più forte compenetrazione dei saperi tecnici<sup>71</sup> che, anche nel giudizio amministrativo, risultano ormai persino preponderanti rispetto alle questioni di stretto diritto, tanto nelle controversie che insorgono per l'aggiudicazione di contratti pubblici, quanto in quelle che nascono nei mercati regolati, dalla finanza ai servizi di pubblica utilità<sup>72</sup>. Si pensi, tra i molti possibili esempi, al settore delle gare pubbliche e al delicato compito qui attribuito al giudice amministrativo di sostituirsi all'amministrazione per definire l'assetto d'interessi successivo all'annullamento dell'aggiudicazione (artt. 121 e 122 c.p.a.) che, per essere svolto, necessita di conoscenze tecniche ed economiche che non fanno parte del tradizionale bagaglio culturale dei giudici<sup>73</sup>.

In un tale contesto, la presenza di un giudice speciale sembra potersi giustificare anzitutto sulla base della sua specializzazione tecnica, chiamata a compensare la crescente specializzazione dell'attività amministrativa, e non la specialità dell'amministrazione (che peraltro tende ad attenuarsi, nella logica del rapporto). Non dovrebbe trattarsi, in altri termini, di una specializzazione concepita sul potere, quale monolitica unità funzionale, bensì adattata alle tecniche e quindi variabile a seconda dei saperi coinvolti in un determinato episodio di vita amministrativa. Alla luce della molteplicità delle discipline specialistiche di volta in volta implicate nelle vicende amministrative, anche meno complesse, non pare in definitiva più sostenibile l'idea di un giudice speciale perché genericamente 'specializzato in amministrazione', 'specialista del potere'. Il modello di amministrazione vigente sembra infatti richiedere un 'giudice più tecnico', non tanto esperto del potere, ma propenso ad aprirsi ad un confronto dialettico con gli esperti ovvero dotato, esso stesso, della capacità di comprendere i profili tecnici di volta in volta connessi con l'esercizio della funzione. In pratica, un simile risultato potrebbe essere raggiunto attraverso due vie, non necessariamente alternative. O introducendo, come da più parti auspicato, nel processo am-

ministrativo una apposita, preliminare, udienza istruttoria, in modo da mettere il giudice in condizione di utilizzare l'ampio ventaglio di mezzi oggi disponibili, senza allungare oltremodo i tempi del giudizio; ovvero mediante un intervento di carattere più strutturale, individuando criteri per la formazione degli organi speciali della giurisdizione amministrativa che abbiano al proprio interno le diverse conoscenze specialistiche indispensabili per la risoluzione di questioni anche non strettamente giuridiche<sup>74</sup>. Ciò potrebbe avvenire mediante collegi giudicanti composti, insieme, da magistrati e da esperti qualificati, selezionati tramite apposito concorso (aperto a soggetti estranei alla pubblica amministrazione), e adattati alle specificità della controversia da risolvere, sul modello del Tribunale dei minori composto da giudici di carriera e da soggetti dotati di particolari, e differenziate, competenze (pedagogiche, psicologiche ecc.)<sup>75</sup>. Anche questa suggestiva soluzione potrebbe, del resto, assicurare il contenimento del principio della ragionevole durata del processo con l'effettività del diritto alla prova, in quanto il giudizio sarebbe qui condotto da un giudice esperto e preparato, molto spesso in grado di fare a meno di saperi tecnici esterni, ma senza perciò amputare l'istruttoria tecnica.

Le prospettate soluzioni potrebbero, una incidendo sulla disciplina organizzativa dell'istruttoria, l'altra sul senso stesso della specialità, comunque contribuire a superare il vacillante mito di un giudice astrattamente 'sapiente di amministrazione', proiettando in avanti la giurisdizione amministrativa, rifondata su stringenti esigenze tecniche di tutela e di efficacia del servizio di giustizia offerto ai cittadini.

## Note

- <sup>1</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 23.03.2011, n. 3 e 29.07.2011, n. 15, che, in base al principio di atipicità delle azioni, riconoscono come immanenti nel sistema della tutela giurisdizionale amministrativa, tanto l'azione di adempimento, quanto quella di accertamento. Si veda inoltre Cons. St., Ad. Plen., 20.07.2012, n. 28, secondo cui la tipicità delle azioni e delle modalità di tutela «sarebbe in stridente ed inammissibile contrasto, oltre che con i fondamentali principi di pienezza ed effettività della tutela, ex art. 1 c.p.a., con la stessa previsione dell'art. 24 della Costituzione»; in tal senso, può leggersi anche Cass., S.U., 9.03.2015, n. 4683, che, nel rigettare il ricorso per motivi di giurisdizione avverso Cons. St., Ad. Plen., n. 28/2012 cit., ha chiosato: «l'effettività della garanzia giurisdizionale può essere assicurata soltanto con l'atipicità delle forme di tutela».
- <sup>2</sup> Si pensi, in tal senso, alle verifiche fattuali necessarie per accertare la responsabilità civile dell'amministrazione o per stabilire il *quantum* dell'eventuale risarcimento; in quest'ottica, cfr. Cons. St., sez. V, 28.02.2011, n. 1271, che, in vista della quantificazione del danno risarcibile, dispone due consulenze tecniche d'ufficio, una per il danno patrimoniale e l'altra per quello biologico; Cons. St., sez. V, 21.03.2011, n. 1739, dove, ai fini della prova dell'entità del danno, si richiede l'allegazione di precise circostanze di fatto, non ritenendosi sufficienti valutazioni di tipo equitativo; Cons. St., sez. III, 13.05.2015, n. 2410, il quale, per ottenere la prova della colpa dell'amministrazione per ritardo nel provvedere, chiede di verificare il «contesto di fatto» e «la complessità della situazione fattuale».
- <sup>3</sup> Per Cons. St., sez. III, 23.02.2012, n.1069, il «mutato volto del processo amministrativo» – «incentrato sempre più sull'accertamento del rapporto, e non più solo sull'impugnazione dell'atto» – e la «significativa estensione del perimetro» della giurisdizione amministrativa verso materie sempre più tecniche ha ormai reso essenziale l'«accesso diretto al fatto» e, quindi, la messa a disposizione del giudice dei «necessari poteri, istruttori e decisori». Anche secondo TAR Lombardia, Milano, sez. III, ord. 6.04.2011, n. 904, «il progressivo spostamento dell'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto al rapporto regolato dal medesimo, al fine di scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata [...] ha ormai reso intollerabile l'idea di una cognizione ristretta ai soli elementi di fatto che risultino esclusi o sussistenti in base alle risultanze procedurali». Lungo questa linea di pensiero può leggersi la relazione del Presidente del TAR del Lazio, Luigi Tosti, tenuta in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015, Roma, 26.02.2015, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>>: 29: «La sostituzione del giudice all'Amministrazione nella verifica della fondatezza della domanda, con un giudizio che investe ormai, al di là della mera valutazione di vizi formali, l'aspetto sostanziale [...] comporta sempre più esigenze di carattere istruttorio».
- <sup>4</sup> Cfr., peraltro, TAR Umbria, sez. I, 15.01.2015, n. 22, secondo cui il divieto della prova confessoria opera «solo in riferimento alle dichiarazioni provenienti dalla parte pubblica per l'indisponibilità degli interessi pubblici».
- <sup>5</sup> Cfr., rispettivamente, TAR Lombardia, Brescia, sez. II, ord. 3.07.2014, n. 452 e Cons. St., sez. IV, 12.02.2015, n. 738.
- <sup>6</sup> Ferma restando la specificità, anche a livello probatorio, del processo amministrativo, riconosciuta sin da C. Cost., 18.05.1989, n. 251.
- <sup>7</sup> Nella logica della giurisprudenza comunitaria, secondo cui si ha *full jurisdiction* quando il giudice può concretamente operare un riesame pieno delle scelte amministrative (cfr. C. eur. dir. uomo, 27.09.2011, n. 43509/08, *Menarini Diagnostic S.r.l. c. Italia*; C. giust., sez. V, 10.07.2014, C-295/12, *Telefónica S.A. e Telefónica de España S.A.U. c. Commissione*; sez. V, 18.07.2013, C-501/11, *Schindler Holding Ltd e altri c. Commissione*), non rilevando i poteri decisori o cognitori che il giudice potrebbe astrattamente esercitare, bensì soltanto quelli che esercita con pienezza, con riferimento a fattispecie determinate. Applicazioni di tale lo-

- gica si trovano altresì in C. eur. dir. uomo, 17.04.2012, C- 21539/07, *Steininger c. Austria*; 4.03.2014, C- 18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*.
- <sup>8</sup> Cfr. Cass., S.U., 9.10.2008, n. 24883 (cui di recente si rifa Cons. St., sez. VI, sez. VI, 26.03.2015, n. 1596). Anche Corte cost., 27.05.1996, n. 171 ha qualificato la giustizia come «servizio pubblico essenziale».
- <sup>9</sup> TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 5.11.2014, n. 1160.
- <sup>10</sup> Cass., S.U., n. 24883/2008.
- <sup>11</sup> Sul rilievo dei sistemi di *alternative dispute resolution*, anche nell'ottica del processo amministrativo, può leggersi il discorso del Presidente del Consiglio di Stato Giorgio Giovannini di inaugurazione dell'anno giudiziario 2015, Roma, 5.02.2015, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>>: 20.
- <sup>12</sup> Come noto, l'argomento storico ebbe peraltro un notevole peso già nel dibattito sulla giustizia amministrativa sviluppatosi in seno all'Assemblea costituente: cfr. gli interventi di G. Leone, *Arti Assemblea Costituente*, 21 novembre 1947, 2334, e di M. Ruini, 21 novembre 1947, 2336 sgg.
- <sup>13</sup> Così, icasticamente, Cons. St., sez. III, n.1069/2012.
- <sup>14</sup> Cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. III, 6.05.2011, n. 1205, che rinviene nel «potere di accertare i presupposti di fatto del provvedimento impugnato lo specifico della giurisdizione amministrativa anche di legittimità».
- <sup>15</sup> Cfr. TAR Lombardia, Brescia, sez. II, ord. 3.07.2014, n. 452, in cui il giudice era chiamato ad appurare il momento d'instaurazione di un rapporto di lavoro, nonché, del medesimo giudice, la sentenza 30.07.2014, n. 889. Vedasi anche TAR Lombardia n. 904/2011, che dispone l'interrogatorio libero «dal momento che, nelle produzioni allegare in atti, sono comprese numerose dichiarazioni scritte che possono essere più compiutamente apprezzate attraverso l'audizione orale della ricorrente e di un rappresentante dell'amministrazione». Talora, però, l'interrogatorio libero viene ri-attratto in una dimensione documentale, assimilandolo alla richiesta di chiarimenti che, per prassi giurisprudenziale, vengono solitamente resi in forma scritta: cfr. TAR Campania, Napoli, sez. II, 14.01.2015, n. 211: «la richiesta di chiarimenti costituisce un incombente istruttorio assimilabile all'interrogatorio libero nel processo civile»; analogamente, TAR Trento, 13.01.2016, n. 12.
- <sup>16</sup> TAR Lombardia, Brescia, sez. II, ord. 13.11.2013, n. 965.
- <sup>17</sup> TAR Lombardia, Brescia, sez. II, ord. 27.06.2013, n. 319.
- <sup>18</sup> Cfr. le ordinanze del TAR Lombardia, Milano, sez. II, 25.06.2012, n. 1771; 8.05.2013, n. 1174; 18.06.2013, n. 1575.
- <sup>19</sup> Cfr., ancora, TAR Lombardia, Milano, sez. III, ord. n. 904/2011. Apre alla possibilità di «dar voce, nell'ambito del processo, al punto di vista dei tecnici e degli economisti che operano, ad esempio, nelle Autorità indipendenti, anche attraverso lo strumento dell'interrogatorio libero», Pajno, 2016.
- <sup>20</sup> Cfr. TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 15.09.2015, n. 1201 e ord. 25.06.2015, n. 1240; critico sul vincolo della forma scritta è, in particolare, Cons. St., sez. III, 23.02.2012, n. 1069, secondo cui la prova testimoniale, nella disciplina codicistica, risulta «vincolata discutibilmente alla sola forma scritta». Si veda, inoltre, Cons. St., Ad. Plen., 20.11.2014, n. 32, che ha riconosciuto, all'interno del giudizio elettorale, la «rilevanza probatoria sostanzialmente equivalente» alla prova testimoniale di dichiarazioni sostitutive di atto notorio; a tale pronuncia si rifa Cons. St., sez. V, 23.02.2015, n. 863.
- <sup>21</sup> TAR Campania, Napoli, sez. V, ord. 5.05.2011, n. 2541, per cui l'indispensabilità costituirebbe «un predicato comune all'intero rinnovato strumentario istruttorio del Giudice amministrativo».
- <sup>22</sup> Cfr. Cons. St., sez. IV, 20.02.2013, n. 1059, ove non si ammette il «deposito agli atti del giudizio [...] di un plastico rappresentante l'intervento da realizzare», in quanto «tale deposito, fornendo al giudice un oggetto sul quale appuntare la propria attenzione al fine della cono-

scenza dei fatti di causa, non può essere assimilato a un deposito documentale e configura invece una domanda implicita d'ispezione di cose».

- <sup>23</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, 3.03.2016, n. 2814; TAR Lazio, Roma, sez. I, ord. 30 gennaio 2014, n. 1198; TAR Sicilia, Catania, sez. I, 18.12.2015, n. 2959; TAR Calabria, Reggio Calabria, ord. 21.12.2011, n. 970.
- <sup>24</sup> Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. IV, 2.04.2015, n. 1911.
- <sup>25</sup> Cfr., in materia di pubblico impiego, TAR Piemonte, sez. I, 2.05.2015, n. 697; TAR Lazio, sez. I *ter*, n. 3393/2015. Ammette invece la prova testimoniale, richiesta dall'amministrazione resistente nei cui confronti era rivolta l'azione risarcitoria, TAR Lazio, sez. I *bis*, 9.02.2015, n. 2347.
- <sup>26</sup> In tema cfr., di recente, Cass., S.U., 20.01.2014, n. 1013, la quale, una volta riconosciuto che il sindacato sulle scelte tecnico-discrezionali dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato deve «estendere(rsi) anche ai profili tecnici», finisce poi coll'allinearsi a criteri di verifica di tipo logico-formale, ribadendo che, in caso di giudizi «opinabili», il sindacato «è destinato ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce d'individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento legittimo», potendo il giudice soltanto «vagliare la correttezza dei criteri giuridici, la logicità e coerenza del ragionamento e l'adeguatezza della motivazione con cui l'amministrazione ha supportato le proprie valutazioni tecniche».
- <sup>27</sup> Cons. St., n.953/2011; in senso analogo, Cons. St., sez.VI, 7.02.2014, n. 590.
- <sup>28</sup> TAR Toscana, sez. I, n. 864/2014.
- <sup>29</sup> TAR Campania, Salerno, sez. I, 25.03.2014, n. 624.
- <sup>30</sup> Cfr. TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 24.02.2016, n. 241; TAR Calabria, sez. II, 23.02.2015, n. 303; TAR Puglia, Bari, sez. I, 17.01.2014, n. 66; Cons. St., sez. IV, 4.05.2011, n.2683; Cons.St., sez. IV, 9 marzo 2011, n. 1514.
- <sup>31</sup> Cfr. Cons. St., sez. IV, 10.03.2014, n. 1085, che respinge «la richiesta di consulenza tecnica d'ufficio in quanto tendente inammissibilmente a provocare una nuova valutazione sull'anomalia dell'offerta in sostituzione di quella operata dall'amministrazione»; si veda, inoltre, Cons. St., sez. V, ord. 18.02.2016, n. 521, ove verifica e consulenza tecnica non sono ammesse in quanto ciò «comporterebbe una duplicazione in sede giurisdizionale di un'istruttoria di tipo complesso da svolgersi nella sede appropriata, e cioè quella del procedimento di valutazione di impatto ambientale».
- <sup>32</sup> TAR Lazio, Roma, sez. I *ter*, 5.11.2013, n. 9394; 8.04.2015, n. 5107. In tal senso, possono leggersi anche TAR Lazio, Roma, sez. I *bis*, 11.10.2013, n. 8788; 24.03.2014, n. 3209, nonché l'ordinanza 20.01.2015, n. 970, che non ammette l'accertamento tecnico preventivo *ex art.* 696 c.p.c.; TAR Campania, sez. VI, 18.02.2016, n. 925; TAR Campania, sez. VII, 6.03.2015, n. 1423; 22.01.2015, n. 430; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 28.02.2014, n.186; 23.11.2013, n. 740; TAR Calabria, Reggio Calabria, 6.11.2013, n. 597. Tale orientamento è stato recentemente confermato da Cons. St., sez. III, 13.01.2014, n. 88.
- <sup>33</sup> TAR Lazio, sez. II, ord. 13.01.2015, n. 414. Cfr. anche le ordinanze del Consiglio di Stato, sez. VI, 14.10.2015, n. 4745 e del TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 7.02.2011, n. 364 e 5.11.2008, n. 269, che dispongono consulenze tecniche in contenziosi relativi a provvedimenti dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico. Vedasi inoltre TAR Lombardia, Milano, sez. III, 9.10.2014, n. 2437, che evidenzia la possibilità per il giudice amministrativo di «esercitare sulle valutazioni tecnico discrezionali delle Autorità indipendenti anche un sindacato a carattere intrinseco, impiegando cioè – eventualmente anche con l'ausilio di conoscenze esterne fornite da verificazioni o consulenze tecniche – i parametri specialistici di cui si è avvalsa l'Amministrazione», nonché Cass., S.U., n. 1013/2014, dove si mette invece in risalto come «il giudice amministrativo disponga oggi di ampi mezzi istruttori, ivi compreso lo strumento della consulenza tecnica». Tale pronuncia è stata recentemente richiamata da TAR Lazio, Roma, sez. I, 18.02.2015, n. 2769, con riferimento all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

- <sup>34</sup> Negano la CTU su questioni risarcitorie, *ex plurimis*, TAR Trento, 25.02.2016, n. 109; TAR Liguria, sez. I, 29.01.2016, n. 96; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 2.12.2009, n. 5269; Cons. St., sez. V, 27.04.2012, n. 2449; sez. III, 29.08.2012, n. 4651. Cons.St., sez. V, 14.01.16, n. 79, si è invece avvalso dell'apporto di un consulente al fine di verificare la congruità delle voci di danno, in termini di danno emergente e lucro cessante, stimate dal ricorrente quale conseguenza del contestato diniego di autorizzazione all'installazione di un distributore di carburante.
- <sup>35</sup> Cfr., con riferimento a un danno da ritardata costituzione del rapporto di pubblico impiego, Cons. St., sez. III, 4.06.2013, n.3049; sul danno da perdita di *chance*, vedasi invece Cons. St., sez. V, 18.02.2013, n. 966; sez. V, 15.04.2013, n. 2038. Coglie però l'incongruenza di parametri medi e forfettizzati, utilizzati per determinare il danno da perdita di *chance*, Cons. St., sez. V, 18.04.2012, n. 2256, che perciò ricorre alle «competenza specialistiche di un CTU esperto in discipline statistico-aziendali, trattandosi di accertare fatti complessi, con una ineliminabile componente valutativa sulla base di detti ambiti specialistici». Su questa linea si attesta anche TAR Emilia Romagna-Parma, sez. I, 7.12.2011, n. 420, che, sempre in materia di gare d'appalto, giudica non soddisfacente il criterio – automatico ed indifferenziato – del dieci per cento dell'utile d'impresa ai fini della quantificazione del danno, pretendendo «la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto».
- <sup>36</sup> TAR Lazio, sez. II *quater*, 12 aprile 2013, n. 3753; TAR Emilia Romagna, sez. I, ord. 11.07.2014, n. 361.
- <sup>37</sup> TAR Sicilia, sez. III, decr. 15.04.2013, n. 1091.
- <sup>38</sup> Cfr., ad esempio, TAR Lombardia, sez. I, ord. 30.01.2014, n. 342 e TAR Emilia Romagna, sez. I, ord. 11.07.2014, n. 361, che dispongono verificazioni invece dell'accertamento tecnico preventivo e della conciliazione preventiva richieste dalla parte ricorrente. Facendo leva sul citato art. 63, comma 5, c.p.a., l'accertamento tecnico preventivo è invece ammesso da Cons. St., sez. IV, 27.10.2011, n.5769; sez. I, 22.04.2013, n. 4005; TAR Veneto, sez. I, ord. 22.05.2015, n. 565; TAR Lazio, Roma, sez. II *bis*, 2.10.2013, n.8558; TAR Sardegna, sez. II, 24.06.2014, n. 491. Tra le poche pronunce che ammettono la consulenza tecnica preventiva, si segnalano TAR Toscana, sez. I, ord. 16.07.2012, n. 1330; TAR Veneto, sez. II, ord. 13.12.2012, n. 1557.
- <sup>39</sup> La giurisprudenza amministrativa riconosce alla verifica la capacità di consentire l'imparziale accertamento di fatti complessi; in tal senso, Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, sez. giurisdiz., 25.01.2011, n. 89; TAR Campania, sez. IV, 3.02.2015, n. 652, che rileva una «sostanziale omogeneizzazione» tra verifica e CTU. Cfr. anche, con particolare riferimento al contraddittorio, Cons. St., sez. IV, 8.03.2012, n. 1343, secondo cui «la verifica costituisce mezzo istruttorio che non può ritenersi meno garantista rispetto alla consulenza tecnica, poiché anch'essa deve svolgersi nel rispetto del contraddittorio tra le parti»; in termini, Cons. St., sez. IV, 26.11.2013, n. 5628; sez. IV, 21.10.2013, n. 5112. Vedasi però TAR Umbria, sez. I, 17.4.2015, n. 178: «attesa la diversità dei due istituti, non solo sul piano soggettivo, ma anche sul piano oggettivo e funzionale, consistendo la verifica in un mero accertamento a funzione descrittiva ed illustrativa per completare la conoscenza dei fatti che non siano desumibili dalle risultanze documentali, mentre la consulenza tecnica d'ufficio si estrinseca in una vera e propria valutazione non meramente ricognitiva di questioni di fatto, la cui risoluzione presuppone specifiche cognizioni di ordine tecnico, da utilizzare ai fini della decisione». Ma soprattutto cfr. C. eur. dir. uomo, 21.01.2014, n. 48754/11, *Di Placi c. Italia*, ove, muovendo dall'assunto per cui la verifica è stata svolta da un organo non imparziale rispetto alle parti, si giunge ad affermare che «il ricorrente non era in posizione di parità con il suo avversario, lo Stato, come avrebbe dovuto essere in conformità con il principio della parità delle parti».
- <sup>40</sup> Cfr., di recente, TAR Puglia, Bari, sez. II, 22.1.2015, n. 114, ove la CTU non viene ammessa «anche in ragione del principio di ragionevole durata e celerità del processo, nonché di economia dei mezzi processuali».

- <sup>41</sup> Al riguardo è giusto il caso di richiamare l'insegnamento di C. cost., 10.11.1999, n.427, dove si afferma che le accelerazioni e le semplificazioni introdotte per i giudizi amministrativi relativi ad opere pubbliche (cfr. art.19, commi 2 e 3, decreto legge 25.03.1997, n.67, convertito in legge 23.05.1997, n.135) non possono andare a discapito della «completezza e sufficienza del quadro probatorio».
- <sup>42</sup> La cui introduzione è auspicata, tra gli altri, dal Presidente del TAR Lazio, C. Piscitiello (Piscitiello, 2016: 16), e dal Presidente del TAR Lombardia, F. Mariuzzo (Mariuzzo, 2015: 8). In tema cfr., in generale, TAR Lombardia, ord. n. 904/2011, secondo cui l'assenza, nel processo amministrativo, di «un'autonoma fase di istruzione della causa» servirebbe a «dare continuità ad un modello processuale ispirato all'agilità delle forme piuttosto che al modello civilistico di giudizio a cognizione piena contraddistinto dalla predeterminazione legale di forme, termini e poteri delle parti».
- <sup>43</sup> È questa, del resto, la via seguita in più occasioni dal TAR della Lombardia; su questa prassi ambrosiana, vedasi Mariuzzo, 2014: 11, e De Zotti, 2016: 21.
- <sup>44</sup> Per alcune prime applicazioni di questi riti, si vedano TAR Lazio, Roma, sez. I ter, 29.04.2015, n. 6182; TAR Toscana, sez. III, 15.03.2016, n. 460; TAR Lazio, Roma, sez. III, 24.03.2016, n. 3723.
- <sup>45</sup> Cfr. il discorso del Presidente Giorgio Giovannini di inaugurazione dell'anno giudiziario 2015, 21, ove si evocano le virtù di «un giudice "specializzato" che conosca a fondo le modalità di svolgimento dell'attività amministrativa e che così possa e sappia ricondurre l'agire dei pubblici poteri al rispetto del principio di legalità». La tesi della specialità-*'specializzazione sul potere'* può vantare autorevoli antecedenti: cfr. C. Mortati, Atti Assemblea Costituente, 21 novembre 1947, 3973, secondo cui le ragioni della specialità sarebbero da rinvenire in «una speciale *forma mentis*, una speciale preparazione per la interpretazione di certe disposizioni di legge», ossia nella migliore presunta capacità del giudice amministrativo di cogliere il senso delle norme di diritto pubblico, di cui si avvale nella propria attività la pubblica amministrazione.
- <sup>46</sup> In tema, cfr., in generale, Cass. 12. 03. 2013, n. 6093; 3. 01. 2011, n. 72; 26. 06. 2007, n. 14759; Cass. pen., 2.12. 2010-4. 02. 2011, n. 4369; 20. 04. 2004, n. 7500.
- <sup>47</sup> Cfr. il già citato discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato G. Giovannini, 17, secondo cui lo svolgimento di incarichi esterni «consente al magistrato di acquisire una preziosa esperienza circa i concreti meccanismi di funzionamento delle pubbliche amministrazioni, che può essergli particolarmente utile proprio in sede di esplicazione delle proprie funzioni istituzionali».
- <sup>48</sup> Cfr. art. 1, commi 66 e 68, legge 6.11.2012, n. 190; art. 8 decreto legge n. 90/2014. Già Corte cost., 6 dicembre 1973, n. 177, aveva a suo tempo auspicato un «sostanziale contenimento degli incarichi speciali».
- <sup>49</sup> Cfr., ad esempio, Cons. St., sez. IV, 10 marzo 2014, n. 1085; TAR Toscana, sez. I, 19 maggio 2014, n. 864. Meritevoli d'attenzione, in quest'ottica, appaiono in particolare Cons. St., sez. V, 14 febbraio 2011, n. 953, ove, nel decidere in merito alla determinazione del prezzo base di una gara, il giudice si rifà alla «comune esperienza»; Cons. St., sez. IV, 29 aprile 2014, n. 2223, laddove il bagaglio di conoscenze cui il giudice può attingere – che gli consente, nella stima di un terreno, di appoggiarsi a massime di comune esperienza («è infatti immediatamente percepibile a tutti») –, non riesce, tuttavia, ad evitare una decisione di tipo equitativo, presa «mediando gli importi per le zone agricole indicati nelle perizie delle appellate (Euro 4 mq) e dell'appellante (Euro 2,00 mq)», per cui «appare equo fissare l'importo di 3 Euro al mq».
- <sup>50</sup> Cfr. art. 19 legge 27.04. 1982, n. 186.
- <sup>51</sup> Cfr., in tal senso, l'art. 14, comma 2, c.p.a., che sancisce la competenza funzionale inderogabile del TAR Lombardia, sede di Milano, sulle «controversie relative ai poteri esercitati dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas». La specializzazione che ne discende produce talora decisioni anche molto complete ed accurate sotto il profilo tecnico: cfr., ad esempio,

- TAR Lombardia, sez. IV, 24 gennaio 2007, n. 94, da cui emerge un'attenta ricostruzione dei meccanismi di funzionamento del dispacciamento nel mercato dell'energia elettrica, fatta sulla base di puntuali verifiche istruttorie, che hanno portato il giudice a confutare le tesi sostenute, sia dall'impresa ricorrente, che dall'Autorità.
- <sup>52</sup> Come noto, l'ammissione al concorso di secondo grado ai TAR e al Consiglio di Stato è vincolata soltanto al possesso della laurea in giurisprudenza: cfr. art. 15 del d.p.r. 21.04.1973, n. 214.
- <sup>53</sup> Appare, pertanto, estremamente difficoltoso per tale giudice addentrarsi, senza alcuna consulenza esterna, nella valutazione di atti tecnicamente complessi, «con gli occhi dell'esperto [...] riutilizzando gli stessi criteri tecnici utilizzati dall'Autorità (per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico, ndr) per verificare se, in tale ottica "specialistica", la scelta regolatoria riveli una intrinseca attendibilità o ragionevolezza», come si legge invece in Cons. St., sez. VI, 19.01.2016, n. 164.
- <sup>54</sup> Cfr. gli artt. 139, 142, comma 2, e 143, comma 3, regio decreto 11.12.1933, n. 1775 (testo unico acque pubbliche). La composizione numerica del collegio varia a seconda che il Tribunale decida in appello su diritti soggettivi o in unico grado su interessi legittimi; a variare è, in particolare, il numero dei consiglieri di stato presenti nei collegi giudicanti, rimanendo invece costante, al loro interno, la presenza di un tecnico.
- <sup>55</sup> Cfr. il discorso inaugurale del Tribunale delle acque tenuto, nel 1917, dall'allora Ministro della giustizia Sacchi.
- <sup>56</sup> «In casi eccezionali, il giudice può anche nominare un tecnico per i rilievi necessari, la descrizione dei luoghi e la constatazione dello stato di fatto».
- <sup>57</sup> Cfr. Tribunale superiore acque pubbliche, 20 aprile 1999, n. 49, ove si precisa che dinanzi al Tribunale superiore, in quanto giudice specializzato, la consulenza tecnica d'ufficio può essere disposta soltanto in casi eccezionali; 7 marzo 1986, n. 15, che conferma l'eccezionalità del ricorso all'esperienza di un tecnico esterno, nel senso che tale ausilio può essere richiesto unicamente per sopperire all'impossibilità contingente del Tribunale di prendere direttamente visione dei luoghi oggetto della controversia. Per quanto riguarda invece i Tribunali regionali delle acque pubbliche, a seguito di Corte cost., 17 luglio 2002, n. 353, che ha dichiarato parzialmente illegittimo, per violazione del principio di indipendenza e terzietà del giudice speciale (art. 108 Cost.), l'art. 138 del testo unico acque nella parte in cui prevedeva la partecipazione al collegio di funzionari del Genio civile, in fase istruttoria gli accertamenti tecnici non possono più essere effettuati dal giudice delegato insieme a detti funzionari-tecnici; pertanto, il ricorso a consulenze tecniche d'ufficio, già in passato piuttosto frequente, è ora divenuto pressoché necessario.
- <sup>58</sup> In seguito però la norma, mai attuata, è stata modificata nel senso che tale riserva potesse operare solo nei confronti di soggetti muniti «oltre che del diploma di laurea in giurisprudenza, anche di diploma di laurea in scienze economico-aziendali o in scienze dell'economia o di altro titolo di studio equipollente» (art. 13, comma 4, legge 29.07.2003, n. 229).
- <sup>59</sup> E, comunque, «immanente nell'ordinamento»: Cons. St., sez. VI, 16.11.2011, n. 5166.
- <sup>60</sup> Cfr. Cons. St., sez. VI, 9.06.2014, n. 2935.
- <sup>61</sup> Si veda però TAR Lombardia, Milano, sez. III, ord. n. 904/2011, ove si precisa che «ciò che certamente resta precluso al giudice amministrativo è soltanto il giudizio di valore e di scelta che "specializza" la funzione amministrativa», mentre spetta al giudice «l'interpretazione e l'accertamento dei presupposti della fattispecie di cui il potere è effetto».
- <sup>62</sup> In argomento, cfr. De Lise, 2010.
- <sup>63</sup> Che affiora soprattutto nelle pronunce che modulano (Cons. St., VI, 9.3.2011, n. 1488), o escludono del tutto (Cons. St., VI, 10.5.2011 n. 2755), gli effetti caducatori e ripristinatori del giudicato di annullamento, ove la loro applicazione risulti «incongrua e manifestamente ingiusta». Diversamente, Cons. St., Ad. Plen., 13.4.2015 n. 4, secondo cui non è consentito al giudice derogare «sulla base delle invocate ragioni di opportunità, giustizia, equità,

proporzionalità, al principio della domanda», anche nel caso in cui la negata possibilità di «modulare la forma di tutela sostituendola a quella richiesta» determini notevoli disagi in capo ai controinteressati incolpevoli.

<sup>64</sup> Cfr. Cons. St., sez. IV, 1.07.2014, n. 3296, che si colloca nella prospettiva di un «giudizio amministrativo caratterizzato dal rilievo dell'interesse pubblico in occasione del controllo sull'esercizio della funzione pubblica».

<sup>65</sup> Cfr. già G.B. Adonnino, Atti Assemblea Costituente, 20 novembre 1947, 3937: un «giudice proveniente dall'amministrazione [...] ha viva la sensibilità di tanti interessi contrastanti, e dell'interesse collettivo in specie».

<sup>66</sup> Cfr. ancora G.B. Adonnino, Atti Assemblea Costituente, 20 novembre 1947, 2261: «in tante materie speciali [...] il giudice ordinario non è adatto, perché il giudice ordinario ha un sistema rigido, dagli spigoli netti, dal sillogismo rigoroso quale s'addice al vigile senso del diritto, e non può essere pronto a quegli apprezzamenti duttili, elastici, che sono richiesti da tanti ambienti e da tante materie speciali».

<sup>67</sup> Cfr. Cons. St., sez. IV, 31.03.2015, n. 1686, nonché Cons. St., Ad. Plen., 15.01.2013, n. 2.

<sup>68</sup> Cfr., nella logica dell'azione di adempimento, TAR Lombardia, sez. III, 8.06.2011, n. 1428 e TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 31.03.2015, n. 167.

<sup>69</sup> Quale emerge, nitidamente, dal discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato Pajno, 2016: 35 sgg., nonché dai discorsi di inaugurazione dell'anno giudiziario 2016 tenuti dai presidenti dei tribunali amministrativi regionali: cfr., ad esempio, Volpe, 2016: 7.

<sup>70</sup> «La necessità della specializzazione del giudice è una conseguenza esplicita della modernità», si legge nel più volte citato discorso di insediamento del Presidente Pajno (Pajno, 2016: 12).

<sup>71</sup> Di «compensazione [...] sempre più intensa tra diritto ed economia», che conduce ad un «cambiamento quasi climatico», il quale impone al giudice di valutare l'attività amministrativa nell'«offuscamento di sicuri indici caratterizzanti l'interesse pubblico», ponendosi, al fine, «al centro del sistema di verifica del corretto esercizio di una funzione pubblica che di quella tradizionale conserva solo il nome», parla, suggestivamente, Salvatore, 2008: 10.

<sup>72</sup> L'esigenza di un giudice tecnicamente preparato pare del resto connaturata all'idea stessa del giudice amministrativo come «giudice naturale dell'interesse pubblico nell'economia», su cui possono leggersi De Lise, 2011: 4; Coraggio, 2012: 13.

<sup>73</sup> Ammette con franchezza l'ex Presidente del TAR Lombardia (Piacentini, 2010: 13): «sarà necessario che si torni sui banchi di scuola per apprendere una serie di nozioni, soprattutto economiche tecniche e sociali» che il giudice amministrativo di solito non possiede. Riconosce, in particolare, la difficoltà di «districarsi nel linguaggio tecnico e nelle complesse formule matematiche» utilizzate dall'Autorità per l'energia, TAR Lombardia, sez. III, 12.02.2010, n. 399.

<sup>74</sup> È questa la proposta avanzata dal direttore generale di Confindustria M. Panucci, di «contaminare il Consiglio di Stato con altre culture [...] portando dentro Palazzo Spada gli economisti, i giuristi dell'economia» (intervista su *Affari&Finanza* del 16 novembre 2015).

<sup>75</sup> Cfr. art. 2 regio decreto 20.07.1934, n. 1404.

*Riferimenti bibliografici*

- Abbamonte G 1996., *Completezza ed effettività della tutela giurisdizionale secondo gli artt. 3,24,103 e 113 della Costituzione*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. I, Modena: 37 sgg.
- Benvenuti F. 1953, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Cedam, Padova.
- 1969, *Excursus V*, in F. Benvenuti, G. Miglio (a cura di), *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, Giuffrè, Milano: 174 sgg.
- Bertonazzi L. 2005, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Giuffrè, Milano
- Borrè G., Petrella G. 1968, *La specializzazione del giudice*, in *Il Ponte*: 866 sgg.
- Calamandrei P. 1965, *La genesi logica della sentenza civile* (ed. orig. 1914), in M. Cappelletti (a cura di), *Opere giuridiche*, I, Morano, Napoli: 11 sgg.
- Cannada Bartoli E. 1968, *Processo amministrativo (considerazioni introduttive) (voce)*, in *Noviss.dig.it.*, vol. XIII, Torino: 1077 sgg.
- Chirulli P. 2010, *L'istruzione*, in R. Caranta (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, il Mulino, Bologna: 521 sgg.
- Chizzini A., Bertonazzi L. 2012, *L'istruttoria*, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Giappichelli, Torino: 659 sgg.
- Comoglio L.P. 1981, *Art. 24*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, XXI, Zanichelli, Bologna-Roma: 1 sgg.
- Comporti G.D. 2014, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, in *Dir. proc. amm.*: 746 sgg.
- Coraggio G. 2012, *Discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato*, Roma, 19.04.2012, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>>.
- Corso G. 2003, *Istruttoria nel processo amministrativo (voce)*, in *Enc.giur.Treccani*, vol. XVIII, Agg., Roma: 1 sgg.
- D'Angelo G. 2008, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, Jovene, Napoli.
- D'Auria G. 2009, *La "nuova" Corte dei conti*, in <<http://www.astrod-online.it/>>: 1 sgg.
- De Lise P. 2010, *Discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato*, Roma, 22.09.2010, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>>: 2 sgg.
- 2011, *Intervento in occasione della celebrazione per il 180° anniversario del Consiglio di Stato*, Roma, 31.10.2011, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>>.
- De Zotti A. 2016, *Relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2016*, Milano, 26.02.2016, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>>.
- Di Modugno 2012, *La prova*, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Giappichelli, Torino: 587 sgg.
- Dugato M. 2013, *L'istruttoria*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Giuffrè, Milano: 181 sgg;
- Ferrara L. 2014, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*: 561 sgg.

- Figorilli F. 2007, *L'istruttoria nel giudizio amministrativo (art.44, R.D.26.6.1924, n.1054)*, in S. Battini, B.G. Mattarella, M.A. Sandulli, G. Vesperini (a cura di), *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino: 589 sgg.
- Gallo C.E. 1994, *La prova nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- Giani L. 2014, *Giudice amministrativo e cognizione del fatto (il pensiero di Antonio Romano)*, in *Dir. amm.*: 535 sgg.
- Giannini M.S. 1954, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 286 sgg.
- Giomi V. 2011, *Il sistema delle prove nei giudizi davanti alla Corte dei conti*, Giappichelli, Torino.
- Lamberti C. 2011, *Primi orientamenti sulla prova nel nuovo processo amministrativo*, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>>.
- Ledda F. 1983, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*: 371 sgg.
- Lombardi P. 2016, *Riflessioni in tema d'istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, in *Dir. proc. amm.*: 85 sgg.
- Luciani M. 2014, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*: 1 sgg.
- Luiso F.P. 2000, *Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in *Dir. proc. amm.*: 328 sgg.
- Lupi R. 2000, *Diritto tributario*, Parte generale, Giuffrè, Milano.
- Marchetti B. 2011, *La giurisdizione sull'acqua: una specialità da conservare?*, in G. Santucci, A. Simonati, F. Cortese (a cura di), *L'acqua e il diritto*, Università degli Studi di Trento: 211 sgg.
- Marello E. 2005, *L'oggetto della consulenza tecnica nel processo tributario*, in *Rass. trib.*: 1567 sgg.
- Mariuzzo F. 2014, *Relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2014*, Milano, 28.02.2014, in <<http://www.lexitalia.it/>>.
- 2015, *Relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2015*, Milano, 17.02.2015, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>>.
- Marzuoli C. 1985, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, Milano.
- 2012, *Tutela e unità della giurisdizione. Autonomia e indipendenza*, in *Tutela dei diritti e "sistema" ordinamentale*, Atti del 6° Convegno Nazionale SISDIC, Napoli: 355 sgg.
- Marzuoli C., Orsi Battaglini A. 1997, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*: 895 sgg.
- Merusi F. 2011, *Sul giusto processo amministrativo*, in E. Catelani, A. Fioritto, A. Massera (a cura di), *La riforma del processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli: 1 sgg.
- 2015, *Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso (all. E)*, in *Storia Amministrazione Costituzione*, Annale ISAP, 23, 150° dell'unificazione amministrativa italiana (legge 20 marzo 1865, n. 2248): 225 sgg.

- Morbidelli G. 2012, *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, in *Dir. proc. amm.*: 763 sgg.
- Mortati C. 1972, *Le giurisdizioni speciali di fronte alla Costituzione, Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, in *Raccolta di scritti di Costantino Mortati*, vol. III, Milano: 1172 sgg.
- Nigro M. 1967, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in *Foro it.*, V: c. 9 sgg.  
— 1974, *Il Consiglio di stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*: 1371 sgg.
- Orsi Battaglini A. 2005, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Giuffrè, Milano.
- Pagni I. 2012, *Competenze e specializzazioni*, in *Tutela dei diritti e "sistema" ordinamentale*, Atti del 6° Convegno Nazionale SISDIC, Napoli: 387 sgg.
- Pajno A. 2015, *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Dir. proc. amm.*: 952 sgg.  
— 2016, *Discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato e di inaugurazione dell'anno giudiziario 2016*, Roma, 16 febbraio 2016, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>>: 16.
- Parisio V. 2009, *I Tribunali delle acque: un modello giurisdizionale tutto italiano*, in *Foro amm. TAR*: 3679 sgg.
- Patroni Griffi F. 2015, *Forma e contenuto della sentenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*: 17 sgg.
- Perfetti L.R. 2014, *L'istruttoria nel processo amministrativo ed il principio dispositivo*, in E. Follieri, E. Sticchi Damiani, L.R. Perfetti, A. Meale (a cura di), *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli: 43 sgg.
- Piacentini P.M. 2010, *Discorso di inaugurazione dell'anno giudiziario 2010*, Milano, 10 aprile 2010, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>>.
- Piscitiello C. 2016, *Relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2013*, Roma, 1.03.2013, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>>.
- Police A. 2014, *I mezzi di prova e l'attività istruttoria*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, vol. XLII, Cedam, Padova: 433 sgg.  
— 2015, *La mitologia della "specialità" ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Questione giustizia*: 136 sgg.
- Renna M. 2006, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civilizzazione"*, in G. Della Cananea, M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli: 573 sgg.
- Romano S. 1901, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, III, Società editrice libraria, Milano: 549 sgg.
- Romeo G. 2015, *La cultura del narcisismo e l'assenza del "limite" nella giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*: 37 sgg.

- Rossi G. 2012, *Giudice e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*: 1211.
- Salvatore P. 2008, *Relazione annuale sull'attività della giustizia amministrativa*, Roma 14.02.2008, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>>.
- Sambataro S. 1989, *Il rifiuto del contenzioso amministrativo e la legge del '65*, in *Studi per il centenario della quarta sezione*, vol. I, Roma: 51 sgg.
- Sandulli M.A. 2014, *Il d.l. 24 giugno 2014, n. 90 e i suoi effetti sulla giustizia amministrativa. Osservazioni a primissima lettura*, in *Federalismi.it*.
- Scoca F.G. 2011, *Sub art.63*, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, Giuffrè, Milano: 535 sgg.
- 2015, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*: 847 sgg.
- Sorace D. 2011, *Il ruolo dell'atto nella giustizia amministrativa italiana. Raccontato in un incontro italo-francese*, in *Dir. pubbl.*: 89 sgg.
- Spagnuolo Vigorita V. 1984, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*: 7 sgg.
- Taruffo M. 1984, *Il diritto alla prova, nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*: 74 sgg.
- 2009, *Cultura e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*: 63 sgg.
- 2012, *Il fatto e l'interpretazione*, in B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar, D. Pulitanò (a cura di), *La fabbrica delle interpretazioni*, Università degli Studi Milano-Bicocca: 123 sgg.
- Tentolini O. 1950, *La prova amministrativa*, Bocca, Milano.
- Travi A. 1998, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*: 371 sgg.
- 2003, *Giusto processo e procedimenti amministrativi speciali*, in Accademia Nazionale dei Lincei, *Il giusto processo*, Roma: 67 sgg.
- 2004, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*: 439 sgg.
- 2012, *Gli artt. 24 e 111 della Costituzione come principi unitari di garanzia*, in *Tutela dei diritti e "sistema" ordinamentale*, Atti del 6° Convegno Nazionale SISDIC, Napoli: 15 sgg.
- 2013, *Il Consiglio di Stato fra legislazione e amministrazione*, in G. Chiodi, D. Pulitanò (a cura di), *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Giuffrè, Milano: 139 sgg.
- Villata R. 1995 *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*: 201 sgg.
- 2014, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*: 289 sgg..
- Volpe C. 2016, *Relazione del Presidente del Tar del Lazio di inaugurazione dell'anno giudiziario 2016*, Roma, 22 febbraio 2016, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>>.

# FORMA E SOSTANZA NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO: IL CASO DELLE SENTENZE 'A SORPRESA' E DINTORNI

*Luca Bertonazzi*

SOMMARIO – 1. ‘Terza via’ e giustizia della decisione. 2. ‘Terza via’ e contraddittorio come garanzia. 3. Contraddittorio come strumento di giustizia della decisione e come garanzia delle parti. 4. Sentenze ‘a sorpresa’ nel processo civile. 5. Sentenze ‘a sorpresa’ nel processo amministrativo. 6. La necessità di una rimeditazione nel campo del processo amministrativo. 7. I dintorni: altre regole processuali poste al crocevia tra contraddittorio come strumento di giustizia della decisione e come garanzia delle parti. 8. (*segue*) 9. Un cenno alla CEDU.

## *1. ‘Terza via’ e giustizia della decisione*

L’interpretazione cui agevolmente si presta la disciplina delle sentenze ‘a sorpresa’ (o ‘della terza via’) nel processo amministrativo costituisce l’ennesima conferma di una regola di comune esperienza tra gli addetti ai lavori: interventi legislativi ben meditati possono avere un impatto positivo sull’efficienza processuale, senza costringere ad acrobatiche interpretazioni ortopediche. La giurisprudenza amministrativa tarda però a sintonizzarsi sull’esatta interpretazione della disciplina.

L’art. 73, co. 3, c.p.a. prevede quanto segue: «Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice la indica in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest’ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie».

La disposizione è ispirata a quella introdotta, con l’art. 45, co. 13, l. 18.06.2009, n. 69, nell’art. 101, co. 2, c.p.c. (applicabile ai giudizi civili avviati dopo il 4 luglio 2009 *ex art.* 58, co. 1, l. n. 69/2009): «Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione».

Contrariamente all’art. 101, co. 2, c.p.c., l’art. 73, co. 3, c.p.a. non prevede testualmente, quale conseguenza della sua inosservanza da parte del «giudice», la nullità della sentenza.

Stando a quanto è scritto nell’art. 101, co. 2, c.p.c., nel processo civile ogni sentenza ‘della terza via’ è (‘testualmente’) nulla. Non così nel processo ammini-

strativo, dove la nullità ('virtuale') della sentenza 'a sorpresa' deve ritenersi circoscritta, ben più opportunamente, ai soli casi in cui si registra, in concreto, una violazione del contraddittorio come garanzia costituzionale delle parti (artt. 24, co. 2, e 111, co. 1, Cost.).

Si badi: l'art. 73, co. 3, c.p.a. condivide con l'art. 101, co. 2, c.p.c. l'ambito applicativo, edificato intorno alle sentenze 'a sorpresa'. Tuttavia, mentre la lettera dell'art. 101, co. 2, c.p.c. qualifica come nulle, indistintamente, tutte le sentenze (civili) 'della terza via', nel giudizio amministrativo la scure della nullità – da violazione dei rammentati precetti costituzionali – colpisce le sole sentenze 'a sorpresa' che comportano, in concreto, lesione del contraddittorio come garanzia delle parti.

Dunque, nel giudizio amministrativo occorre sceverare tra sentenze 'a sorpresa' che implicano e che non implicano, in concreto, *vulnus* del contraddittorio come garanzia delle parti: solamente le prime sono fulminate con la nullità.

L'art. 73, co. 3, c.p.a. ha così evitato d'importare nel processo amministrativo «un caso tipico di formalismo delle garanzie»: con questa formula Sergio Chiarloni connotava negativamente – già intorno alla metà degli anni Ottanta del secolo scorso (Chiarloni, 1987: 569 sgg.), in contrapposizione alla tesi, fin da allora dominante nella dottrina processual-civilistica, della indiscriminata nullità delle sentenze 'a sorpresa' (Luiso, 2001: 1216; Giordano, 2008: 913; Gradi, 2010: 827; Comoglio, 2006: 758; a cominciare da Denti, 1968: 217 e Ferri, 1984: 50 sgg.) – «quei casi in cui il formalismo processuale, un male che può farsi "strumento del torto" secondo le parole di Hegel [Hegel, 1971], si mimetizza dietro la santità» dei principi costituzionali: «con la conseguenza di rovesciare le garanzie nel loro contrario, da presidi di giustizia a cause d'ingiustizia o d'ingiusta dilazione della decisione» (Chiarloni, 2011: 208 sgg.).

Si pensi ad un giudizio amministrativo di primo grado in cui il dibattito tra le parti si è concentrato tutto sulla difformità/conformità di un diniego di accesso ai documenti rispetto ad una norma regolamentare; ad un Tribunale amministrativo regionale che, in sede di decisione della causa, ha imboccato la 'terza via', *sub specie* di disapplicazione *ex officio* dell'illegittima norma regolamentare e, in virtù della pertinente norma di legge, ha accolto il ricorso; ad un'amministrazione che ora, nonostante l'insuperabilità delle ragioni sostanziali adottate a fondamento della sentenza del Tribunale (illegittimità della disapplicata norma regolamentare e fondatezza della pretesa ostensiva azionata, alla stregua della pertinente norma di legge), propone appello (e relativa domanda cautelare *ex art. 98 c.p.a.*), onde ottenere l'annullamento della sentenza e la rimessione della causa al primo giudice *ex art. 105, co. 1, c.p.a.*, al (malcelato) fine di costringere un sicuro vincitore a riassumere (*ex art. 105, co. 3, c.p.a.*) e coltivare per qualche mese (o per qualche anno) un processo dall'esito scontato. In uno

scenario siffatto l'exasperato formalismo si farebbe 'strumento del torto', poiché verrebbe premiato l'intento puramente dilatorio della parte (nell'esempio: l'opaca amministrazione soccombente) che nel torto si trova. «Con quali deplorabili conseguenze per le esigenze di giustizia (oltre che della sua amministrazione) anche un cieco è in grado di vedere» (Chiarloni, 2002: 1363).

Si pensi, ancora, ad una sentenza di primo grado che, preso atto dell'rompere di una legge retroattiva dal contenuto analogo ad altra già di recente passata indenne attraverso il vaglio di legittimità costituzionale, abbia dichiarato improcedibile un ricorso (contro un diniego di sanatoria di un manufatto abusivo) per sopravvenuta carenza d'interesse (art. 35, co 1, lett. c), c.p.a.), senza aver prima suscitato tra le parti alcun dibattito sul punto; ad un ricorrente soccombente che ora, nonostante l'insuperabilità delle ragioni poste alla base della declaratoria giudiziale di improcedibilità (legge retroattiva che, senza dare adito ad alcun dubbio di costituzionalità, vieta la sanatoria di certi manufatti abusivi), interpone appello (e relativa domanda cautelare *ex art. 98 c.p.a.*) onde ottenere l'annullamento della sentenza e la rimessione della causa al primo giudice *ex art. 105, co. 1, c.p.a.*, così da appagare il suo (malcelato) interesse a procrastinare il più possibile la litispendenza e differire *sine die* un sacrificio inevitabile, confidando altresì che una qualche sopravvenienza normativa, animata dalla logica del perdono, permetta finanche di scansarlo (il pensiero corre alla subordinazione della demolizione di un manufatto abusivo rispetto alla chiusura della 'partita' relativa alla domanda di sanatoria, con lo stagliarsi all'orizzonte dell'eventualità di un periodico e risolutivo condono). Ancora una volta, il cieco formalismo si farebbe machiavellico grimaldello 'al servizio del torto', perché verrebbe assecondata la volontà puramente dilatoria della parte (nell'esempio: ricorrente-soccombente, autore dell'abuso edilizio) che nel torto si trova. «Senza contare l'insensatezza di pretendere l'annullamento di una sentenza che [...] il giudice di rinvio» necessariamente riprodurrebbe «con identico dispositivo» (Chiarloni, 2002: 1364).

«La nullità fungerebbe da rapida scorciatoia, facilmente agibile da difensori spregiudicati; il giudizio potrebbe subire un ritardo pari al tempo di un'impugnativa pretestuosa; la macchina processuale potrebbe ingolfarsi e rendere un prodotto contrario a giustizia» (Giordano, 2008: 915).

Invero, la questione rilevata d'ufficio «non è una questione dell'ufficio, appartenente ad un misterioso patrimonio di sue conoscenze esoteriche. È una questione sempre risolvibile, in base a nozioni, giuridiche o fattuali, che appartengono ad un patrimonio di conoscenze che sono comuni al giudice e alle parti, o meglio ai loro avvocati. Ne deriva che il non avere il giudice indicato la questione non costituisce la causa del mancato contraddittorio su di essa, da ravvisare piuttosto in un'insufficiente attenzione dei difensori», e in modo partico-

lare del difensore della parte cui giovano gli effetti della *quaestio* rilevata d'ufficio (Chiarloni, 2011: 208).

«Contrariamente a ciò che alla superficie può apparire, l'inosservanza del dovere del giudice di stimolare il contraddittorio delle parti sulle questioni rilevabili d'ufficio non mette in giuoco, di per sé [...] il principio del contraddittorio [come garanzia costituzionale delle parti] e la correlativa nullità che sanziona il suo mancato rispetto. Trattandosi del dovere di sollecitare la previa discussione su questioni che appartengono al patrimonio del "comune sapere" di tutti i soggetti del processo, il principio che viene in considerazione è un altro, la cui trasgressione non comporta (e sarebbe irragionevole che comportasse) la nullità della sentenza. Si tratta del principio di reciproca collaborazione del giudice con le parti (cfr. Grasso, 1966: 580 sgg. e 1967): «principio che la dottrina ha da tempo individuato come una componente ispiratrice importante delle moderne discipline processuali» (Chiarloni, 2011: 208) come dimostra il suo richiamo, ancorché riduttivamente finalizzato alla «realizzazione della ragionevole durata del processo», nell'art. 2, co. 2, c.p.a.

Si è or ora riportato il brillante argomentare con cui Sergio Chiarloni ha dapprima – fin dalla metà degli anni Ottanta del secolo scorso (Chiarloni, 1987: 569 sgg. e 2002: 1363 sgg.) – avversato la (prevalente) tesi dottrinale dell'indiscriminata nullità delle sentenze 'della terza via', e poi, in anni più recenti, suggerito «un'interpretazione correttiva» dell'art. 101, co. 2, c.p.c., infelice nella sua generalizzata comminatoria di nullità (Chiarloni, 2011: 207 sgg.).

Intendiamoci: è innegabile, perché scolpita nella nitida lettera dell'art. 73, co. 3, c.p.a., l'esistenza di un preciso dovere del giudice amministrativo di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio che ritiene di porre a base della decisione. Dovere sanzionabile in via disciplinare, secondo le indicazioni offerte dall'art. 124 c.p.p., sicura espressione di un principio di diritto processuale comune laddove stabilisce che «i magistrati sono tenuti ad osservare le norme di questo codice anche quando l'inosservanza non comporta nullità o altra sanzione processuale» e «i dirigenti degli uffici vigilano sull'osservanza delle norme anche ai fini della responsabilità disciplinare» (Chiarloni, 2011: 208 sgg. e 2002: 1363 sgg.).

Ma la sorte delle sentenze 'della terza via' che non si saldano, in concreto, con una violazione del contraddittorio come garanzia delle parti si gioca tutta sul versante della giustizia o ingiustizia della decisione, non su quello della sua validità o invalidità.

«Supponiamo che la sentenza sia palesemente ingiusta perché il giudice ha sbagliato proprio nel risolvere la questione rilevata d'ufficio: in casi del genere è senz'altro possibile, e magari anche probabile, che il non avere aperto lo spazio [al dibattito tra le parti] abbia contribuito in modo determinante alla commissione dell'errore. Ma, evidentemente, ciò che qui balza in primo piano è

solo quest'errore, che si tratterà di riparare nel successivo grado d'impugnazione. Anche dal punto di vista dell'interesse delle parti, la pretesa violazione del contraddittorio rimane qui sullo sfondo, trascolora, anzi, si può ben dirlo, perde completamente di rilevanza» (Chiarloni, 2011: 208 sgg.).

Per contro, laddove la questione rilevata d'ufficio sia stata solitariamente ma correttamente risolta, non residua alcun margine per dolersi, dinnanzi al giudice dell'impugnazione, di una sentenza giusta.

Non ha senso, dunque, discorrere di nullità della sentenza, poiché delle due l'una: o la questione, rilevata d'ufficio e non significata alle parti, è stata retta-mente decisa, ed allora non si intravede spazio alcuno per censurare, in sede d'impugnazione, una sentenza giusta; oppure la questione non è stata corretta-mente definita, ed allora la sentenza è ingiusta per aver deciso male, e non in-valida per aver deciso senza la previa attivazione del confronto dialogico tra le parti (Chiarloni, 1987: 582 sgg.).

## 2. 'Terza via' e contraddittorio come garanzia

Quanto testé osservato riguarda le sentenze 'a sorpresa' (dei TAR) che non ge-nerano, in concreto, lesione del contraddittorio come garanzia delle parti. Esse risulteranno giuste o ingiuste, ma mai si porrà un problema, altrimenti logica-mente preliminare, di loro validità o invalidità.

Non così per le sentenze della 'terza via' che implicano, in concreto, viola-zione del contraddittorio come garanzia delle parti: nulle, in quanto tali. Con una nullità che, ove accertata dal Consiglio di Stato, quale giudice dell'appello, prelude alla rimessione della causa al Tribunale di primo grado *ex art. 105, co. 1, c.p.a.*, affinché in quella sede venga reintegrato in forma specifica il diritto di difesa in precedenza vulnerato.

La sentenza 'a sorpresa' si sposa con la ferita del contraddittorio come garan-zia delle parti allorché la mancata attivazione del dibattito sulla questione rile-vata d'ufficio ha inciso sul loro diritto di difesa, sulla loro potenziale e poten-zialmente utile attività difensiva. Ciò accade quando il rilievo d'ufficio solitario, da parte del giudice, ha precluso allegazioni di fatti e deduzioni istruttorie che il soccombente avrebbe altrimenti svolto, nel tentativo di prevalere, almeno in parte, sull'avversario. Si registra una compressione del diritto di difesa del soc-combente, a causa dell'*error in procedendo* commesso dal giudice, allorché siano enucleabili allegazioni fattuali e istanze istruttorie che non hanno avuto modo di spiegarsi, quale conseguenza del mancato stimolo del contraddittorio sulla *quaestio* rilevata *ex officio* e decisa in solitudine dal giudice (es. l'accertamento della nullità di una clausola contrattuale abusiva avrebbe reso rilevante il fatto che detta clausola ha formato oggetto di trattativa individuale) (Luiso, 2002:

1613). Conquista il centro della scena la ‘causalità’ del vizio, la sua ‘potenzialità incisiva’ sul diritto di difesa delle parti, e in modo particolare della parte soccombente (es. ho rivendicato la proprietà sulla base di un contratto che è nullo e allora faccio valere l’usucapione) (Chiarloni, 2011: 208).

È così sintetizzabile la linea di discriminazione tra sentenze ‘a sorpresa’ nulle in quanto implicano e ‘al più ingiuste’ in quanto non implicano, in concreto, lesione del contraddittorio come garanzia delle parti: la questione rilevata d’ufficio, in solitudine risolta e posta a fondamento della decisione, si rivela, rispettivamente, come questione ‘di fatto o mista’ (fatto-diritto) oppure come questione ‘di puro diritto’.

Assume una valenza decisiva la ‘natura della questione’, come denotata dall’atto di impugnazione della sentenza di primo grado da parte del soccombente. Solamente la decisione solitaria di questioni ‘di fatto o miste’ è in grado di compromettere il diritto di difesa e, quindi, di invalidare la sentenza ‘a sorpresa’, purché la relativa rilevazione officiosa sia suscettibile di determinare «ipotesi di sviluppo della res litigiosa fino a quel momento processuale non considerate dalle parti» sotto il profilo dell’allegazione o della prova. Per contro, se la questione *motu proprio* affrontata e non significata alle parti è di *puro diritto*, non è rinvenibile nella sentenza ‘a sorpresa’ altro vizio diverso dall’eventuale *error iuris in iudicando*<sup>1</sup>.

Si badi: la ‘natura della questione’ emerge *ex post* dalla lettura, caso per caso, dell’atto d’impugnazione della sentenza ‘della terza via’ da parte del soccombente. La questione è ‘di puro diritto’ se nell’atto di impugnazione sono svolte soltanto argomentazioni giuridiche dirette a palesare l’ingiustizia della sentenza appellata: la questione si esaurisce allora nell’interpretazione di una norma giuridica – nella *Rechtsauslegung*, direbbero oltralpe – applicabile ad un ‘invariato quadro di fatti’. Per contro, la questione è ‘di fatto o mista’ se nell’atto di impugnazione figurano allegazioni di fatti e deduzioni istruttorie ad essa consequenziali, idonee a propiziare una diversa definizione della vertenza.

Si pensi all’ipotesi di un TAR che, senza previa indicazione alle parti della questione (pregiudiziale di rito), dichiara irricevibile per tardività (art. 35, co. 1, lett. a), c.p.a.) un ricorso contro un’aggiudicazione definitiva, in quanto notificato oltre i prescritti trenta giorni (art. 120, co. 5, c.p.a.). Il ricorrente-soccombente sostiene, nell’atto di appello, di aver dapprima ricevuto, dalla stazione appaltante, una scarsa comunicazione dell’avvenuta aggiudicazione definitiva e, soltanto in un secondo momento, il provvedimento corredato dai verbali di gara, e che il termine per la notifica del ricorso decorre solamente dal ricevimento di una comunicazione che esibisce la completezza di cui all’art. 79, co. 5 *bis*, d.lgs. 12.04.2006, n. 163 (provvedimento di aggiudicazione definitiva con la relativa motivazione contenente almeno «le caratteristiche e i vantag-

gi dell'offerta selezionata» o, in alternativa, corredato dai verbali di gara). Alla luce di quanto prospettato – in punto di fatto – nell'appello, la questione della tempestività/tardività della notifica del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado si atteggia, in concreto (ed *ex post*), come questione *mista*.

Ancora, si pensi – nell'ambito di una controversia patrimoniale devoluta alla giurisdizione amministrativa esclusiva – ad un'eccezione di prescrizione quinquennale articolata dall'amministrazione resistente; al TAR che, senza significare alle parti la questione (preliminare di merito), qualifica diversamente il diritto azionato e ritiene così applicabile l'ordinaria prescrizione decennale, pervenendo comunque a respingere il ricorso (come avrebbe fatto, evidentemente, procedendo dalla eccepita prescrizione quinquennale). Il ricorrente-soccombente sostiene, nell'atto di appello, che l'identificazione del diritto di credito azionato e del relativo regime prescrizionale, ove previamente indicata alle parti, avrebbe dischiuso nuovi e diversi orizzonti fattuali: allegazione e prova, ad esempio, di atti interruttivi compiuti al di fuori del quinquennio, ma pur sempre entro il decennio. La questione del regime prescrizionale del diritto esattamente qualificato, alla luce di quanto prospettato, in punto di fatto, nell'appello, svela – in concreto (ed *ex post*) – la sua natura di questione 'mista'.

### 3. *Contraddittorio come strumento di giustizia della decisione e come garanzia delle parti*

La perimetrazione della nullità delle sentenze 'a sorpresa' – benché opportuna, in quanto evita «l'insostenibile risultato di una nullità dilagante» (Consolo, 2010: 360) – fa nascere l'esigenza di rintracciare una giustificazione diversa per l'art. 73, co. 3, c.p.a., nella parte in cui configura in termini generali – e quindi anche laddove non sia dato poi scorgere, in concreto, alcuna lesione del diritto di difesa – il dovere del giudice di significare alle parti qualunque questione rilevabile d'ufficio che intenda porre a base della decisione.

L'art. 73, co. 3, cit., *in parte qua*, ha a che vedere bensì con il contraddittorio, «ma sotto un profilo diverso da quello del suo significato di garanzia di difesa. Il contraddittorio è anche lo strumento mediante il quale – attraverso la contrapposizione dialettica tra tesi diverse – si persegue il fine di una decisione fondata sulla più plausibile ricostruzione dei fatti e su una corretta diagnosi in iure; ed in tanto il contraddittorio adempie a tale sua funzione, in quanto le parti esercitano "effettivamente" la loro facoltà di interloquire. Avendosi di mira la giustizia della futura decisione, il contraddittorio come garanzia di difesa non basta più: occorre che le parti si avvalgano delle loro facoltà; e proprio per questo la legge prevede che il giudice, prima di rassegnarsi ad affrontare e risolvere da solo la questione rilevabile d'ufficio, faccia il possibile per sti-

molare il dibattito. Se tuttavia il giudice si astiene dal compiere quanto la legge prevede, non per questo la futura sentenza può considerarsi nulla. Può darsi che, essendo mancato il dibattito tra le parti, proprio perché non aiutato il giudice risolva in modo erroneo la questione rilevabile d'ufficio; ma, se ciò accade, il rimedio va trovato unicamente nei mezzi con i quali si fa valere l'ingiustizia della sentenza. Se invece il giudice, nella sua solitudine, ha comunque risolto correttamente la questione rilevabile d'ufficio, ciò vuol dire che la mancanza del dibattito tra le parti non ha provocato alcuna conseguenza negativa e la sentenza merita di essere tenuta ferma. [...] Anche se il principio del contraddittorio costituisce una fondamentale garanzia del processo, non si deve per ciò stesso pensare che riguardino tale fondamentale garanzia tutte le norme, che mirano a sfruttare il contraddittorio per altri fini: i quali possono essere giustificati e nobilissimi, ma con le vere e proprie garanzie [...] non hanno niente a che vedere» (Ricci, 2006: 751 sgg.).

Quando il «contraddittorio funziona come garanzia fondamentale», ci si «preoccupava di ciò che le parti possono o non possono fare, del loro possibile accesso alle fonti di informazione rilevanti per la decisione, della loro parità di trattamento e della libertà della loro autodeterminazione» (Ricci, 2006: 751 sgg.). Quando, invece, il contraddittorio «è impiegato ad altri scopi, [...] diventa strumento per il perseguimento di fini ulteriori soltanto nei limiti in cui le facoltà concesse alle parti vengano effettivamente esercitate» (Ricci, 2006: 751 sgg.).

«Se il difetto di contraddittorio discende da un impedimento che è stato opposto all'attività difensiva delle parti, si è di fronte ad un vizio del processo [...] ed il problema di sapere, se la sentenza sia o non sia nulla, è inevitabile. Ma se l'effettivo contraddittorio è mancato, perché le parti non hanno sfruttato le possibilità difensive loro concesse dalla legge, il discorso cambia; e il difetto di contraddittorio viene in giuoco non come violazione di una garanzia fondamentale, ma come ostacolo alla realizzazione degli altri fini, che tramite l'effettivo dibattito tra le parti si volevano perseguire» (Ricci, 2006: 751 sgg.).

Dato che – al di là delle ipotesi in cui l'indicazione alle parti di una questione rilevabile d'ufficio comporta un'apertura su sviluppi fattuali rimasti fuori del recinto entro il quale si è svolta la dialettica tra le parti – il fine perseguito tramite l'attivazione del dibattito tra le parti sulle questioni rilevabili d'ufficio è la (più elevata probabilità di) giustizia della decisione – sul rilievo (corrispondente a un postulato di comune esperienza) che «una questione discussa è decisa meglio di una questione solitariamente affrontata» (Luiso, 2002: 1613 sgg.) – coerentemente la sorte delle sentenze 'a sorpresa' che, cadendo su questioni che si rivelano 'di puro diritto', non implicano, in concreto, lesione del contraddittorio come garanzia delle parti, si gioca tutta nell'alternativa tra giustizia o ingiustizia della decisione, non in quella tra sua validità o invalidità.

È altrettanto logico che – rispetto a sentenze ‘a sorpresa’ che, cadendo su questioni che si rivelano ‘di fatto o miste’, possono comportare, in concreto, violazione del contraddittorio come garanzia delle parti – si discorra, *pour cause*, di nullità. Nullità che, stante la previsione dell’art. 105, co. 1, c.p.a., prelude alla rimessione della causa al giudice di primo grado, quale tecnica prescelta per il ripristino in forma specifica del contraddittorio eliso.

#### 4. Sentenze ‘a sorpresa’ nel processo civile

Gli esiti testé conseguiti appaiono sostanzialmente consonanti: a) con quelli cui è approdato, all’indomani dell’entrata in vigore dell’art. 101, co. 2, c.p.c., chi, come Claudio Consolo, procedendo dalla (testualmente sancita) nullità delle sentenze ‘a sorpresa’, ha escogitato una sua ingegnosa sanatoria postuma (realizzata a mezzo d’impugnazione ‘nuda’, che si limita a dedurre l’*error in procedendo* del giudice di prime cure) (Consolo, 2010: 358-362); b) altresì con quelli cui già perveniva, prima dell’entrata in vigore dell’art. 101, co. 2, c.p.c., chi delineava un modello «mite» di nullità, ‘condizionata’ all’avverarsi di certe ‘imprescindibili condizioni’ (Giordano, 2008: 916-917), chi sottolineava la mancanza d’interesse a censurare, come nulla, la sentenza ‘della terza via’, se non enucleando gli specifici poteri processuali impediti dalla decisione solitaria della questione rilevata *ex officio* (Montesano, 2000: 930) e, ancor prima, chi concepiva la nullità come «frutto di una fattispecie complessa», in cui la soluzione solitaria della questione rilevata d’ufficio si salda con una violazione del diritto di difesa del soccombente, da allegare dinanzi al giudice dell’impugnazione (Chiarloni, 2002: 1364 e 2011: 209).

Secondo Consolo, la nullità della sentenza ‘a sorpresa’ è suscettibile di sanatoria ove l’atto di impugnazione del soccombente non prospetti i fatti che si sarebbero allegati e le istanze istruttorie che si sarebbero svolte qualora la questione rilevata *ex officio* fosse stata indicata alle parti, anziché solitariamente risolta, dal giudice di primo grado. È lo stesso atto d’impugnazione che denota che il contraddittorio, pur se debitamente attivato, sarebbe rimasto ‘vuoto’. L’atto d’impugnazione sana la nullità della sentenza perché evidenzia la ‘carenza di scopo’ del contraddittorio omesso: «si rivela dall’atto di gravame del soccombente [...] che non c’era alcuno scopo da raggiungere pur se si fosse stimolato il contraddittorio al momento debito» (Consolo, 2010: 358).

Andrea Giordano – che nel 2008 riprende e sviluppa la tesi della nullità della sentenza a sorpresa come «frutto di una fattispecie complessa», già sostenuta da Sergio Chiarloni – tratteggia un modello «mite» di nullità delle sentenze ‘della terza via’, nel quale la nullità è «condizionata» al verificarsi di «una serie di imprescindibili condizioni»: rilevanza della questione colta d’ufficio rispetto alla decisione della controversia; incidenza dell’*error in procedendo* del giudice

sui poteri processuali, di allegazione e di prova, del soccombente; nesso di consequenzialità tra questione decisa solitariamente dal giudicante e poteri processuali che sarebbero stati esercitati ove la questione fosse stata indicata alle parti a tempo debito; potenziale idoneità di tali poteri processuali a mutare le sorti della decisione impugnata.

Già nel 2000 Luigi Montesano, argomentando dall'art. 157, co. 2, c.p.c., subordinava l'interesse a contestare, come nulla, una sentenza 'a sorpresa' all'indicazione, nella stessa impugnazione e a pena d'inammissibilità, dei poteri processuali impediti in conseguenza del mancato stimolo del contraddittorio sulla questione rilevata d'ufficio e risolta in solitudine dal giudice di primo grado (Montesano, 2000: 930).

Anche in sede d'interpretazione (correttiva) dell'art. 101, co. 2, c.p.c., si è ritenuto che nulla non è qualunque sentenza 'a sorpresa', ma solamente quella che implica inibizione di specifici poteri assertivi o probatori delle parti, da indicare analiticamente nell'impugnazione della sentenza (Chiarloni, 2011: 209; Costantino, 2010: 1032 sgg.).

Sulla stessa linea – già tracciata con alcune pronunce del 2005<sup>2</sup> e rinsaldata da Cass. n. 20935/2009 – è attestata, tutt'oggi, la Corte di cassazione, benché pronunciando nell'ambito di processi, civili o tributari, iniziati prima del 4 luglio 2009.

Come mai manifestano una tale 'forza magnetica' tesi dottrinali che, pur variamente articolate, sono accomunate dall'approdare ad un sensibile «smussamento» (Giordano, 2008: 916-917) della tesi dell'indiscriminata nullità delle sentenze 'a sorpresa'? Perché la Corte di cassazione si è mostrata fino ad oggi incurante dell'indiscriminata comminatoria di nullità delle sentenze 'a sorpresa' nel novellato art. 101, co. 2, c.p.c.?

La risposta non è disagevole: per chi scevera tra contraddittorio come garanzia delle parti e contraddittorio come mezzo (im)piegabile verso il fine di una decisione giusta (Ricci, 2006: 752-754), soltanto l'accertata violazione del contraddittorio nella sua prima accezione (contraddittorio come garanzia) produce nullità della sentenza 'della terza via'. Il risultato non cambia sostituendo il contraddittorio come veicolo verso la giustizia della decisione con il principio di collaborazione tra giudice e parti: soltanto la violazione del contraddittorio, e non anche la violazione del principio collaborativo, determina nullità della sentenza 'a sorpresa'.

Ma anche per chi muove da una concezione monolitica di contraddittorio, ove coesistono indistinte le due anime (di garanzia delle parti e di *instrumentum veritatis*) (Giordano, 2008: 915 sgg.; Consolo, 2010: 359), solamente l'accertato fallimento teleologico del contraddittorio, che manca l'obiettivo 'immediato' della difesa e mette a repentaglio quello 'finale' della verità, provoca la nullità della sentenza 'della terza via'. Del resto – si è bene osservato – «a poco più

di un feticcio si riduce una garanzia, laddove la si astragga da un contesto e dai suoi scopi. Il “garantismo” diviene “formalismo” laddove si prenda a ragionare per categorie, indipendentemente da ciò che impone ragionevolezza e da ciò che detta opportunità. [...] Quando il culto delle garanzie può dare luogo ad impugnazioni meramente dilatorie o ad epidemie dei vizi tali da bloccare la macchina processuale, è opportuno smussare le tesi più estreme per adeguarle alle imprescindibili ragioni della pratica» (Giordano, 2008: 918).

«Non sono i nostri ragionamenti misura delle cose, ma piuttosto le cose misura di ogni ragionamento, giuridico o non che esso sia» (Giordano, 2008: 918, che riporta un’espressione di Tommaso D’aquino, *Summa Theologiae*, I II, q. 91, a. 3: «Non ratio est mensura rerum, sed potius e converso»).

### 5. Sentenze a ‘sorpresa’ nel processo amministrativo

Entro le coordinate fin qui delineate, si procede ad una disamina critica della giurisprudenza amministrativa maturata a seguito dell’entrata in vigore del Codice del processo amministrativo.

Cons. St., sez. V, 19.06.2012, n. 3557 e C.g.a.r.S., 4.03.2013, n. 309 riducono la nozione di «questioni rilevate d’ufficio» alle sole questioni che riguardano «fatti (sostanziali e processuali) ulteriori rispetto a quelli costitutivi della pretesa [...] azionata mediante ciascun motivo di ricorso (e quindi rispetto al *thema decidendum* di diritto sostanziale ad essi rispettivamente inerente)». In particolare, espungono da detta nozione «le argomentazioni giuridiche svolte dal giudice in autonomia dagli argomenti di parte, ma che, discendendo linearmente dalla semplice interpretazione delle norme pertinenti alla fattispecie», già fanno parte «ab origine del *thema decidendum* di diritto sostanziale introdotto dal ricorrente attraverso i propri motivi di gravame». Secondo quest’impostazione, esulano dall’ambito applicativo dell’art. 73, co. 3, c.p.a. «l’accertamento dell’esistenza della norma invocata», «la sua interpretazione, anche in coordinamento con altre ad essa eventualmente connesse, [...] la verifica della sua applicabilità alla specie; [...] sicché il fatto che il giudice dia alla singola norma una interpretazione diversa da quella patrocinata [dalle parti], oppure ritenga prevalente sulla prima una norma diversa, non forma materia di obbligatoria indicazione preventiva». Osservo in contrario che il principio di collaborazione tra giudice e parti – o, se si preferisce, il contraddittorio come strumento per una decisione giusta – impone di estendere l’ambito delle ‘questioni rilevate d’ufficio’ (e, quindi, del dovere del giudice di attirare su di esse l’attenzione delle parti) ad ogni *quaestio* in grado di incidere sull’esito, in rito o nel merito, della vertenza, ivi comprese quelle di pura ricerca e interpretazione delle norme pertinenti al caso di specie. Pur sempre di sentenze ‘a sorpresa’ si tratta, se il giudicante im-

bocca, all'ultimo momento, una via giuridica 'terza' da quelle alternativamente prospettate dai contendenti (ad esempio, disapplica una norma nazionale contrastante con una norma europea munita di effetto diretto o dichiara il difetto di interesse a ricorrere in esito alla c.d. prova della resistenza). Non di meno, il destino di sentenze siffatte si gioca sul terreno della giustizia o ingiustizia, non su quello della validità o invalidità.

Sempre in un'ottica di riduzione della nozione di 'questioni rilevabili d'ufficio', Cons. St., sez. V, 22.01.2014, n. 322 e Cons. St., sez. V, 17.06.2015, n. 3065 negano l'applicabilità dell'art. 73, co. 3, c.p.a. ad una «condanna d'ufficio» al pagamento di una sanzione pecuniaria *ex art.* 26, co. 2, c.p.a., per lite temeraria (così pure Scoca, 2014; *contra* Cons. St., sez. V, 11.06.2013, n. 3210). Dissento radicalmente. Né la motivazione addotta – basata sulla natura sanzionatoria della misura pecuniaria, che prescinde da una specifica domanda e dalla prova del danno subito, e il cui gettito, commisurato a predeterminati limiti edittali, è destinato al bilancio della giustizia amministrativa *ex art.* 15 delle norme di attuazione del Codice – apporta elementi tali da scalfire il radicale dissenso. La questione della temerarietà nell'agire o resistere in giudizio è, evidentemente, passibile di tradursi in un capo di sentenza, recante 'condanna d'ufficio' della parte soccombente: non può, per ciò solo, non integrare una «questione rilevabile d'ufficio» ai fini dell'art. 73, co. 3, c.p.a. (anche arg. dall'art. 123, co. 2, c.p.a.).

Si passa ora ad esaminare un gruppo di sentenze del Consiglio di Stato, di annullamento con rinvio, ai sensi dell'art. 105, co. 1, c.p.a., di sentenze rese dai TAR in violazione dell'art. 73, co. 3, c.p.a.

Cons. St., 18.04.2013, n. 2175 annulla con rinvio la sentenza di primo grado perché il ricorrente, che aveva impugnato atti espropriativi, non era stato avvisato – come risultava dal verbale dell'udienza – della possibile improcedibilità del ricorso introduttivo, ma semplicemente interpellato in ordine alla permanente pendenza del *sub*-procedimento di cui all'art. 21, d.p.r. 08.06.2001, n. 327 (nomina di un tecnico di fiducia, in vista della determinazione dell'indennità di espropriazione). Dato che la questione rilevata d'ufficio si è rivelata 'di puro diritto' (se la pendenza dell'anzidetto *sub*-procedimento determinasse la sopravvenuta carenza a coltivare il ricorso contro gli atti espropriativi), il Consiglio di Stato, a fronte di un appello che lamentava altresì l'ingiustizia della gravata sentenza e riproponeva le censure avanzate in prime cure, su ciò avrebbe dovuto pronunciarsi, dando immediata risposta alla domanda di giustizia avanzata in primo grado e ribadita in appello (dopo aver statuito, invece, l'infondatezza della censura di violazione dell'art. 73, co. 3, c.p.a., non tradottasi in nullità della sentenza impugnata).

Cons. St., sez. V, 27.11.2012, n. 5970 annulla con rinvio la sentenza di primo grado che aveva, 'a sorpresa', dichiarato estinto il giudizio. Posto che la que-

stione colta *ex officio* si è rivelata ‘di puro diritto’ (se l’istanza di fissazione d’udienza da parte della curatela fallimentare fosse o meno tempestiva alla stregua della – non del tutto perspicua – disciplina dei commi 2 e 3 dell’art. 80, c.p.a.), il Consiglio di Stato, al cospetto di un appellante che si doleva altresì dell’ingiustizia dell’impugnata sentenza e riproponeva i motivi di diritto avanzati in prime cure, su ciò avrebbe dovuto statuire, assicurando subitaneo riscontro alla domanda di giustizia formulata in primo grado e reiterata in appello (dopo aver accertato, invece, l’infondatezza dell’*error in procedendo* consistito nell’inosservanza dell’art. 73, co. 3, c.p.a., non tradottasi in nullità della sentenza di primo grado).

Cons. St., sez. III, 25.02.2013, n. 1127 annulla con rinvio la sentenza che aveva, ‘a sorpresa’, dichiarato improcedibile il ricorso di primo grado, per effetto dell’entrata in vigore di una legge regionale che faceva proprio il contenuto dell’impugnato provvedimento, legge sulla cui costituzionalità l’appellante sollevava dubbi. Premesso che la questione apprezzata *motu proprio* si è rivelata di ‘puro diritto’ (se la sopravvenuta legge regionale, avendo ‘recepito’ il contenuto del provvedimento gravato, comportasse o meno la sopravvenuta carenza d’interesse a coltivare il ricorso, e se i dubbi di costituzionalità, paventati nell’appello, fossero o meno non manifestamente infondati), il Consiglio di Stato su ciò avrebbe dovuto decidere, garantendo tempestiva risposta alla domanda di giustizia articolata in primo grado e reiterata in appello (dopo aver respinto, invece, il motivo basato sulla lamentata violazione dell’art. 73, co. 3, c.p.a., bensì occorsa, ma senza ridondare in nullità della sentenza impugnata).

Cons. St., 29.12.2012, n. 6712 annulla con rinvio la sentenza di prime cure che aveva, ‘a sorpresa’, dichiarato improcedibile il ricorso introduttivo contro un provvedimento di aggiudicazione definitiva, quale conseguenza della (solitamente rilevata) tardività dei motivi aggiunti contro il silenzio-diniego perfezionatosi sul c.d. preavviso di ricorso di cui all’art. 243 *bis*, d.lgs. n. 163/2006. Assodato che la questione intercettata d’ufficio si è rivelata ‘di puro diritto’ (configurabilità o meno di un onere di impugnazione del silenzio-diniego che si forma sul c.d. preavviso di ricorso, a pena d’improcedibilità del ricorso introduttivo avverso l’aggiudicazione definitiva), il Consiglio di Stato, dinnanzi ad un appellante che lamentava altresì l’ingiustizia della sentenza e riproponeva i motivi di diritto avanzati in prime cure, su ciò e senza dilazioni avrebbe dovuto rendere pronuncia (dopo aver rigettato, invece, la doglianza inerente alla violazione dell’art. 73, co. 3, c.p.a., che non aveva dato luogo a nullità dell’impugnata sentenza).

Cons. St., 16.05.2014, n. 2518 annulla con rinvio la sentenza che, previa declaratoria ‘a sorpresa’ di inammissibilità della costituzione in giudizio della Regione, stante la mancanza della delibera giuntale di resistenza alla lite, aveva accolto nel merito il ricorso di primo grado. Dato che la questione colta d’uf-

ficio si è rivelata ‘di puro diritto’ (se, in base allo statuto regionale, per la costituzione in giudizio della Regione fosse sufficiente la sola procura rilasciata dal Presidente o fosse, invece, necessaria l’autorizzazione alla lite da parte della Giunta), il Consiglio di Stato, a fronte di un appello regionale che stigmatizzava altresì l’ingiustizia di tutti i capi della sentenza di prime cure (quello relativo all’inammissibilità della costituzione in giudizio e quelli di accoglimento nel merito del ricorso di primo grado), su tutto ciò avrebbe dovuto, senza indugio, somministrare giustizia (dopo aver respinto, siccome infondata, la censura inerente alla violazione dell’art. 73, co. 3, c.p.a.: violazione bensì occorsa, ma senza ridondare in nullità della sentenza).

Cons. St., 27.07.2014, n. 4383 annulla con rinvio un capo della sentenza di primo grado che aveva dichiarato, ‘a sorpresa’, il difetto di giurisdizione su una delle domande cumulate. Anche a voler ravvisare la soccombenza dell’Amministrazione, rispetto all’anzidetto capo, in quanto la carenza di giurisdizione è stata colta *ex officio* dal TAR (anziché su apposita eccezione in senso lato articolata dalla stessa Amministrazione), resta il fatto che – pur rientrando il rilievo d’ufficio del difetto di *potestas iudicandi* (art. 9 c.p.a.) nell’ambito applicativo dell’art. 73, co. 3, c.p.a. – l’inosservanza del dovere di previa stimolazione del contraddittorio su una questione rivela ‘di puro diritto’ (nella specie, giurisdizione amministrativa o civile su una domanda relativa al conferimento di un incarico dirigenziale), non determina nullità, *in parte qua*, della sentenza di primo grado.

Cons. St., sez. IV, 12.05.2014, n. 2420 annulla con rinvio una sentenza con cui il TAR aveva, ‘a sorpresa’, dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado per il mancato deposito dell’avviso di ricevimento della notifica, a mezzo del servizio postale, del ricorso medesimo a una delle amministrazioni resistenti. Osservo in chiave critica che la motivazione della sentenza pare poggiare sull’inesatta equazione sentenza ‘a sorpresa’ = sentenza nulla; le si restituisce correttezza valorizzando quanto emerge dal primo motivo di appello, e cioè che, se il ricorrente fosse stato messo dal TAR nelle condizioni di interloquire, avrebbe potuto dimostrare che l’omissione non era a lui ma agli uffici postali imputabile, così chiedendo e potendo ottenere la rimessione in termini (art. 37 c.p.a.) ovvero attivandosi – o offrendo la prova d’essersi già attivato – per ottenere dalle poste un duplicato dell’avviso di ricevimento, secondo quanto previsto dall’art. 6, co. 1, l. 20.11.1982, n. 890.

#### 6. *La necessità di una rimeditazione nel campo del processo amministrativo*

È paradossale che la Corte di Cassazione e una parte della dottrina processual-civilistica – pur dovendo misurarsi con l’art. 101, co. 2, c.p.c. – siano attestate su soluzioni che, per quanto variamente modulate, condividono il pregio di scongiu-

rare «l'insostenibile risultato di una nullità dilagante» (Consolo, 2010), mentre il Consiglio di Stato e i pochi studiosi del processo amministrativo che si sono cimentati con il tema (cfr. da ultimo Saitta, 2014: 827 sgg.; Antonioli, 2014: 533-536; Ramajoli, 2013: 130-136) – pur potendo profittare di una disposizione, quale l'art. 73, co. 3, c.p.a., che non prevede testualmente la nullità della sentenza – tendano a ripiegare sull'equazione sentenze 'della terza via = sentenze nulle'.

Sia consentita, infine, un'ultima notazione, utile per evitare equivoci nei quali paiono cadere alcuni passaggi motivazionali non ben meditati, nei quali si evoca la logica dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. 7.08.1990, n. 241<sup>3</sup>. La violazione dell'art. 73, co. 3, c.p.a. non invalida la sentenza se la questione solitariamente risolta dal giudice si rivela 'di puro diritto' e non implica, per ciò solo, alcuna lesione del contraddittorio come garanzia delle parti, e non perché la questione è stata risolta correttamente e, quindi, costituisce la base di una sentenza giusta: infatti, ben potrebbe essere stata decisa erroneamente e ciò si tradurrebbe in ingiustizia della sentenza. La 'validità' della sentenza non è subordinata alla sua 'giustizia'. 'Validità e giustizia' si collocano su piani diversi e non comunicanti: la sentenza valida – tale perché, essendo caduta su questione poi rivelatasi 'di puro diritto', non ha menomato il diritto di difesa delle parti – può essere giusta o ingiusta. Per una sentenza invalida – tale perché, essendo caduta su questione poi rivelatasi 'di fatto o mista' (fatto-diritto), ha pregiudicato, in concreto, il contraddittorio come garanzia delle parti – neppure si pone, ove l'invalidità sia stigmatizzata in sede d'impugnazione, il problema della sua giustizia o ingiustizia: in quanto invalida (e sotto questo profilo impugnata), merita d'essere rimossa e sostituita con una sentenza finalmente valida. Mai si potrà sostenere che l'invalidità è elisa o sanata dall'ineluttabilità dell'esito del giudizio, proprio perché la 'validità' della sentenza, lungi dall'esserne condizionata, è logicamente preliminare rispetto alla sua 'giustizia'. Se è invalida (e come tale stigmatizzata in sede d'impugnazione), la sentenza è destinata ad essere eliminata e rimpiazzata da un'altra: non importa, a questi fini, se l'esito finale – in termini (pratici) di distribuzione delle ragioni e dei torti – potrà, per avventura, coincidere con quello interlocutoriamente attinto con la sentenza invalida.

### *7. I dintorni: altre regole processuali poste al crocevia tra contraddittorio come strumento di giustizia della decisione e come garanzia delle parti*

La logica che presiede alla corretta esegesi dell'art. 73, co. 3, c.p.a. è suscettibile di espandersi in direzione di ogni altra regola processuale collocata al crocevia tra contraddittorio come garanzia delle parti e collaborazione tra giudice e parti.

Si pensi, ad esempio, al dovere del giudice di sentire «le parti costituite» e presenti (tramite i rispettivi avvocati) all'udienza in camera di consiglio, fissata

per la discussione e «decisione della domanda cautelare», circa l'eventualità della definizione del giudizio, «con sentenza in forma semplificata», «in esito all'udienza cautelare» (art. 60 c.p.a.).

Fermo restando, poiché inciso nella cristallina lettera dell'art. 60 c.p.a., il preciso dovere del giudice amministrativo, sanzionabile in sede disciplinare, di sentire «sul punto le parti», la sua violazione determina nullità della sentenza soltanto quando impedisce alle parti di «proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza ovvero regolamento di giurisdizione» (cfr. l'art. 60 c.p.a., ove la dichiarazione in tal senso di «una delle parti» è elevata a ragione ostativa alla definizione immediata del giudizio).

Il carattere innocuo o nocivo dell'*error in procedendo* emerge *ex post* dalla lettura, caso per caso, dell'atto d'impugnazione della sentenza confezionato dal soccombente.

La sorte di una sentenza in forma semplificata non preceduta dall'avviso alle parti si gioca sul versante della giustizia/ingiustizia, salvo che l'omesso avviso abbia pregiudicato, in concreto, il diritto di difesa delle parti, *sub specie* di diritto di articolare «motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza o regolamento di giurisdizione», con conseguente nullità della sentenza (che, ove accertata dal Consiglio di Stato, prelude alla rimessione della causa al Tribunale di primo grado *ex art.* 105, co. 1, c.p.a., affinché ivi sia ripristinato in forma specifica il diritto di difesa).

La perimetrazione della nullità della sentenza per trasgressione del dovere giudiziale di sentire le parti *ex art.* 60 c.p.a., benché opportuna in quanto evita l'inefficiente scenario di una nullità epidemica, fa sorgere l'esigenza di ricercare una giustificazione diversa per il dovere giudiziale in parola, sancito in termini generali, anche quando la sua inosservanza non leda, in concreto, il diritto di difesa (come dimensionato dallo stesso art. 60 cit.: diritto di «proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza o regolamento di giurisdizione»). Il fine perseguito tramite l'avviso del giudice, capace di orientare le parti nella discussione, è la (più elevata probabilità di) giustizia della decisione. Nel dovere di sentire le parti si esprime, dunque, il principio di collaborazione del giudice con le stesse.

Soltanto la lesione del diritto di difesa, siccome declinato nell'art. 60 cit., produce nullità della sentenza, che (si converte in motivo di gravame e) prelude alla rimessione della causa al giudice di primo grado, quale tecnica prediletta per la *restituito in integrum* del diritto di difesa ferito.

Non così la violazione del principio di collaborazione tra giudice e parti (o, se si preferisce, il fallimento del contraddittorio come mezzo per la giustizia della decisione): tutte le volte in cui l'omessa consultazione delle parti non ha avuto, come conseguenza, la mancata proposizione di motivi aggiunti, ricorso inci-

dentale, regolamento di competenza o di giurisdizione, il destino della sentenza in forma semplificata non preceduta dal prescritto avviso si gioca nell'alternativa tra giustizia o ingiustizia, e non in quella tra validità o invalidità.

Spiace constatare che il Consiglio di Stato – già in relazione all'art. 21, co. 10, l. 6.12.1971, n. 1034 (ivi introdotto dall'art. 3, co. 3, l. 21.07.200, n. 205) – tende a ripiegare sulla pigra equazione 'omesso avviso alle parti = nullità della sentenza in forma semplificata', con conseguente rimessione della causa al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 105, co. 1, c.p.a. (e, prima, dell'art. 35, l. n. 1034/1971)<sup>4</sup>.

#### 8. (*segue*)

Identica logica dovrebbe ispirare la soluzione del problema dell'inosservanza del dovere «dell'ufficio di segreteria» di comunicare alle parti costituite in giudizio il «decreto [presidenziale] di fissazione» dell'udienza per la discussione del ricorso, «almeno sessanta giorni prima dell'udienza fissata» (art. 71, co. 5, c.p.a.).

Ciò dovrebbe determinare la nullità della sentenza di primo grado soltanto se, stando all'atto d'impugnazione, l'omesso avviso ha comportato il mancato esercizio di specifici poteri assertivi e probatori; diversamente, la sorte della sentenza dovrebbe giocarsi sul terreno della giustizia/ingiustizia, e non su quello della validità/invalidità.

Ma la giurisprudenza del Consiglio di Stato – già in relazione all'art. 23, co. 3, l. n. 1034/1971 – pare, ancora una volta, attestata su una linea (irragionevolmente) formalistica, che procede dall'equazione 'omesso avviso dell'udienza di discussione = nullità della sentenza', con conseguente rimessione della causa al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 105, co. 1, c.p.a. (e, prima, dell'art. 35, l. n. 1034/1971)<sup>5</sup>.

#### 9. *Un cenno alla CEDU*

Alla lettura qui propugnata delle regole processuali situate all'incrocio tra contraddittorio come garanzia delle parti e collaborazione tra giudice e parti non osta, a ben vedere, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Vero è che nel caso *Drassich c. Italia*, 11 dicembre 2007, punti 32 e 33, la Corte EDU ha (condivisibilmente) esteso anche alla 'materia civile' il dovere del giudice, che riqualifica giuridicamente i fatti di causa, di provocare il contraddittorio delle parti; non di meno, la stessa Corte EDU ha escluso la violazione dell'art. 6, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (diritto ad un equo processo) allorché l'ordinamento nazionale predisponga, contro la sentenza frutto di una riqualificazione giuridica operata 'a sorpresa' dal giudi-

ce di primo grado, un giudizio d'impugnazione che, atteggiandosi come *novum iudicium*, garantisce il recupero della garanzia frustrata in prime cure (CEDU, 9 dicembre 2010, *Zhupnik c. Ucraina*; 8 ottobre 2013, *Mulosmani c. Albania*). Non merita, pertanto, censure un sistema in cui la sorte delle sentenze rese in violazione di regole processuali poste a presidio del contraddittorio come *instrumentum veritatis* si gioca, davanti al giudice dell'impugnazione, sul versante della giustizia o ingiustizia della decisione, anziché su quello della sua validità o invalidità. Fortunatamente, la Corte EDU – se si scende dal piano degli *slogan* a quello dell'esame meditato delle sue pronunce – non è invocabile per corroborare indirizzi giurisprudenziali deleteri sul piano dell'efficienza processuale.

Il discorso cambia, ma non può essere qui affrontato perché condurrebbe troppo lontano, per le sentenze del Consiglio di Stato, ricorribili in Cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, tra i quali non rientra la violazione dell'art. 73, comma 3, c.p.a., né delle altre regole processuali collocate al crocevia tra contraddittorio come garanzia delle parti e collaborazione tra giudice e parti: si staglia, forse, all'orizzonte un nuovo caso di revocazione della sentenza, necessario per conformarsi a pronunce definitive della Corte EDU, ma è necessario attendere il riscontro che il Giudice delle leggi fornirà alla questione di costituzionalità al riguardo sollevata da Cons. St., ad. pl., ord. 4 marzo 2015, n. 2.

*Note*

- <sup>1</sup> Cass. S.U., 30.09.2009, n. 20935. Negli stessi termini, in precedenza, Cass. 5.08.2005, n. 16577; Cass. 31.10.2005, n. 21108; Cass. 9.06.2008, n. 15194; Cass. 5.06.2003, n. 8993. Nel medesimo solco, in seguito, Cass. trib. 13.07.2012, n. 11928; Cass. 7.11.2013, n. 25054; Cass. 17.04.2014, n. 8956; Cass. trib. 23.05.2014, n. 11453.
- <sup>2</sup> Cass. n. 16577/2005; Cass. n. 21108/2005.
- <sup>3</sup> Cons. St., sez. VI, 23.03.2009, n. 1712; Cons. St., n. 3557/2012.
- <sup>4</sup> C.g.a.r.S. 24.10.2005, n. 708; Cons. St., sez. VI, 20.04.2006, n. 2224; Cons. St., sez. VI, 9.12.2010, n. 8625; Cons. St., sez. IV, 7.02.2011, n. 815; Cons. St., sez. V, 20.06.2011, n. 4397; Cons. St., sez. V, 21.11.2011, n. 6137; Cons. St., sez. IV, 12.07.2002, n. 3929; C.g.a.r.S., 18.03.2013, n. 368; Cons. St., sez. III, 7.01.2013, n. 14.
- <sup>5</sup> Cfr. Cons. St., sez. IV, 12.02.2013, n. 849; Cons. St., sez. V, 27.03.2013, n. 1831; Cons. St., sez. IV, 12.05.2014, n. 2416; Cons. St., sez. V, 28.07.2014, n. 4019; Cons. St., sez. IV, 16.07.2007, n. 4021; Cons. St., sez. IV, 24.11.2014, n. 5799.

*Riferimenti bibliografici*

- Antonioni M. 2014, *Riflessioni in tema di giurisdizione sulla responsabilità degli amministratori delle società in mano pubblica, di sollecitazione del contraddittorio su questioni rilevabili d'ufficio e d'effetti negli altri processi delle sentenze delle Sezioni unite che si pronunziano sulla giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*: 524 sgg.
- Chiarloni S. 1987, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*: 569 sgg.
- 2002, *La sentenza "della terza via" in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, nota a Cass., 21.11.2001, n. 14637, in *Giur. it.*: 1363 sgg.
- 2011, *Efficienza della giustizia, formalismo delle garanzie e sentenze della terza via*, in *Giur. it.*: 208 sgg.
- Comoglio L.P. 2006, *"Terza via" e processo "giusto"*, in *Riv. dir. proc.*: 755 sgg.
- Consolo C. 2010, *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in *Corr. giur.*: 352 sgg.
- Costantino G. 2010, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. proc.*: 1012 sgg.
- Denti V. 1968, *Questioni rilevabili di ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*: 217 sgg.
- Ferri C. 1984, *Contraddittorio e poteri decisori del giudice*, in *Studi Urbinati*, XLIX-L: 3 sgg.
- Giordano A., 2008, *La sentenza della "terza via" e le "vie" d'uscita. Delle sanzioni e dei rimedi avverso una "terza soluzione" del giudice civile*, in *Giur. it.*: 910 sgg.
- Gradi M. 2010, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via"*, in *Riv. dir. proc.*: 826 sgg.
- Grasso E. 1966, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*: 580 sgg.
- 1967, *La pronuncia d'ufficio*, Giuffrè, Milano.
- Hegel F. 1971, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari.
- Luiso F.P. 2001, *Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: una sentenza "rivoluzionaria"?*, nota a Cass. 21.11.2001, n. 14637, in *Giust. civ.*: 1613 sgg.
- Montesano L. 2000, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via"*, in *Riv. dir. proc.*: 929 sgg.
- Ramajoli M. 2013, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*: 100 sgg.
- Ricci E.F. 2006, *La sentenza "della terza via" e il contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*: 751.
- Saitta F. 2014, *La "terza via" ed il giudice amministrativo: la "questione rilevata d'ufficio" (da sottoporre al contraddittorio) tra legislatore e giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*: 827.
- Scoca F.G. 2014, *Il "costo" del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso*, in *Dir. proc. amm.*: 1414 sgg.

# LE POLITICHE DI AUTOGOVERNO DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

*Giuseppe Conte*

SOMMARIO – 1. Una premessa: il rilievo della componente non togata in seno al Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa. 2. Il Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa esempla un modello di ‘monocentrismo decisionale’, pur sottoposto a un singolare regime di ‘discrezionalità vigilata’. 3. Sugli indebiti condizionamenti che possono influenzare le determinazioni dell’organo di autogoverno. 4. Su alcuni accorgimenti per perseguire una ‘buona’ politica di autogoverno. 5. Su alcune misure e iniziative volte a migliorare l’efficienza del servizio giurisdizionale. 5.1 Sulla produttività dei magistrati amministrativi. 5.2 Su varie altre misure e iniziative. 6. Una notazione finale.

## *1. Una premessa: il rilievo della componente non togata in seno al Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa*

Una riflessione sulla dimensione ‘politica’ delle iniziative assunte dal Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa e sulle modalità con cui quest’organo persegue l’obiettivo del buon funzionamento della giustizia amministrativa costituisce una proficua occasione per contribuire al dibattito, sempre vivo e attuale, sull’efficienza e sulla effettività dei servizi garantiti da questo plesso giurisdizionale e – in particolar modo per chi scrive<sup>1</sup> – per innalzare lo sguardo dalla non sempre elevata corte di questioni e affanni che quotidianamente involgono i compiti del Consiglio di Presidenza, al fine di misurarlo in una prospettiva di più ampio respiro, in cui è impreteribile interrogarsi sulla linea di sviluppo delle iniziative del Consiglio di Presidenza, sulle finalità e sugli obiettivi da perseguire, sulla strategia più efficace attraverso cui perseguirli.

Muoverei da una premessa. L’intuizione da cui nasce la previsione di una presenza ‘laica’ in seno agli organi di autogoverno della magistratura conserva, ad avviso di chi scrive, attualità e, anzi, andrebbe ancor più valorizzata (Volpi, 2009)<sup>2</sup>.

La designazione, da parte del Parlamento, di quattro componenti, al fine di integrare un consesso composto, per la prevalente parte, da membri togati chiamati a rappresentare colleghi magistrati, è una modalità che, ove adeguatamente utilizzata, può costituire uno strumento utile a promuovere un proficuo confronto dialettico in seno all’organo di autogoverno, arricchendolo di prospettazioni e valutazioni frutto di competenze e sensibilità anche molto differenti tra loro<sup>3</sup>. Un’istituzione di autogoverno così integrata nella sua composizione può

senz'altro giovare dell'apporto di persone che, in quanto estranee al 'sistema' della giustizia amministrativa, possono offrire contributi di riflessione che muovono da distinti angoli di osservazione.

La componente c.d. 'laica' è chiamata, pertanto, a svolgere un ruolo di estremo rilievo, che però richiede consapevolezza e responsabilità. Il Parlamento italiano designa quattro *cives* affinché la società civile possa essere coinvolta nei compiti di governo e di alta amministrazione della giustizia e i medesimi componenti 'togati' possano proficuamente confrontarsi con i rappresentanti della società civile. Questo confronto, realizzandosi nelle forme di una serrata dialettica tra i componenti laici e i componenti togati, mira a sollecitare «una forma di *responsiveness* dei giudici» (Volpi, 2009: 18) e a mitigare l'*esprit des corps* di cui i magistrati sono naturalmente portatori, scongiurando il rischio di derive auto-referenziali o di involuzioni burocratiche.

Affinché queste potenzialità si realizzino appieno, tuttavia, occorre che le forze politiche rappresentate in Parlamento siano consapevolmente vigili che i *cives* non abbiano solo robuste competenze giuridiche, ma siano dotati anche di un elevato senso civico. Designazioni che siano frutto esclusivo di mere appartenenze partitiche o siano espressione di specifici padrinnaggi politici possono rivelarsi gravemente perniciose, in quanto rischiano di compromettere la possibilità che si realizzi un trasparente e virtuoso dialogo tra la componente togata e la componente laica e, ancor peggio, possono contribuire a 'inquinare' l'organo di autogoverno, trasferendovi logiche e pratiche dettate dalla stretta osservanza partitica, piuttosto che ispirate da un elevato senso di 'responsabilità civica'.

Al fine di scongiurare questi ultimi rischi è auspicabile che il procedimento di designazione dei componenti laici del Consiglio di Presidenza sia rimesso ad alcune garanzie anche di ordine procedurale: non solo *quorum* deliberativi particolarmente elevati, ma anche massima trasparenza nella selezione dei candidati; sarebbe auspicabile che i *curricula* degli interessati fossero acquisiti e pubblicati con largo anticipo sui siti istituzionali delle due Camere del Parlamento; gioverebbe senz'altro a un vaglio più avveduto l'audizione dei candidati davanti alle commissioni parlamentari competenti; appare indispensabile anche la preventiva acquisizione di puntuali dichiarazioni, da parte dei candidati, su eventuali conflitti di interesse. Tutti gli accorgimenti mirati a rendere più trasparenti i meccanismi di selezione sono benvenuti, considerato che, se certo non possono costituire la panacea in vista della selezione di candidati competenti e responsabili, possono comunque contribuire a una maggiore responsabilizzazione di tutti coloro che hanno titolo per partecipare al processo decisionale.

Sotto questo rispetto, direi che la trasparenza è preordinata, in questo caso, non tanto, genericamente, a garantire una selezione meritocratica, quanto piuttosto ad assicurare una forte assunzione di responsabilità da parte delle forze po-

litiche al cospetto della società civile, in modo da perseguire più efficacemente una prospettiva – pur ‘mediata’ – di partecipazione popolare all’amministrazione della giustizia e alla supervisione dei servizi giurisdizionali, pervenendo alla designazione di componenti non solo giuridicamente competenti, ma anche dotati di adeguate qualità morali e del necessario grado di autonomia e di indipendenza di giudizio<sup>4</sup>.

La trasparenza del processo decisionale e, per questa via, una maggiore ‘responsabilizzazione’ dei gruppi politici rappresentati in Parlamento, in definitiva, sono fattori che offrono più adeguate garanzie di pervenire a una ‘illuminata’ designazione dei componenti degli organi di autogoverno della giustizia amministrativa, fuggendo le tentazioni di sottoscrivere accordi opachi o compromessi al ribasso.

*2. Il Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa esempla un modello di ‘monocentrismo decisionale’, pur sottoposto a un singolare regime di ‘discrezionalità vigilata’*

Prima di passare ad analizzare, più specificamente, la dimensione ‘politica’ delle iniziative di autogoverno del Consiglio di Presidenza, conviene spendere qualche considerazione sul modello, organizzativo e funzionale, che sembra caratterizzare l’attuale fisionomia del Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa.

Chi scrive è personalmente convinto che, al di là della configurazione astratta di un modello, la fisionomia concreta di un qualsivoglia organismo istituzionale – non solo dell’organo di autogoverno della magistratura amministrativa – sia tributaria della specifica tradizione giuridica e del peculiare contesto politico-sociale in cui tale organismo si iscrive.

Sotto questo rispetto, ha poco senso contrapporre un modello di autogoverno ‘nord-europeo’ rispetto a un modello di autogoverno ‘latino’, o ‘sud-europeo’ che dir si voglia, tanto più che – ormai da qualche lustro – sono ravvisabili delle chiare linee di tendenza che stanno orientando i consigli di presidenza dei vari paesi europei verso un percorso unitario e, quindi, in direzione di un modello comune (Bartole, 1998: 3; Fusaro, 2002; Palermo, Woelk, 2008: 208).

Il Consiglio di Presidenza della magistratura amministrativa, ormai definitivamente riscattato dalla più antica configurazione di gabinetto o, comunque, organo ausiliario del Presidente del Consiglio di Stato, appare oggi l’organo integralmente deputato a operare le scelte di governo e di alta amministrazione della magistratura amministrativa.

Esso assomma in sé varie e complesse competenze riguardanti: la nomina, le promozioni, i trasferimenti, i procedimenti disciplinari, gli incarichi extra-

istituzionali dei magistrati amministrativi (D'Aloia, 1996: 71 sgg.; Lolli, 1997; Figorilli, 2014)<sup>5</sup>. È un organo che, nella configurazione attuale, appare caratterizzato da una struttura fortemente centralizzata, senza alcuna articolazione che valga a distribuire i compiti e le funzioni di governo su base territoriale.

Complici anche i più contenuti 'numeri' dei componenti del plesso della giustizia amministrativa, il relativo sistema di *governance* non contempla consigli giudiziari territoriali che consentano di declinare le scelte di governo in base a più specifiche esigenze locali<sup>6</sup>. Né esistono consessi deputati a operare uno stabile confronto tra i magistrati e gli altri *stakeholders* (vale a dire le altre categorie di soggetti partecipi, a vario livello, del servizio 'giustizia amministrativa').

La previsione di un Consiglio di Presidenza che accentra in sé tutti i compiti e le funzioni di governo attesta, quantomeno a livello normativo, un modello di autogoverno che appare esemplato allo schema organizzativo-funzionale del 'monocentrismo decisionale'. Le scelte, infatti, vengono deliberate e assunte in seno all'organo di vertice, senza il coinvolgimento di organi distrettuali che, vantando un più stretto contatto con le realtà locali, potrebbero, ragionevolmente, esprimere una più adeguata capacità di percepire le peculiari situazioni sulle quali occorre deliberare.

È un modello di organizzazione che appare davvero poco incline ad aprirsi a schemi alternativi di articolazione delle competenze basati sul principio dell'autonomia e della diffusione del potere.

Se è vero, tuttavia, che le previsioni normative sono molto chiare nel definire il modello di autogoverno nei termini sopra descritti, è altresì vero che, sul piano effettuale, questo medesimo schema presenta contorni molto più complessi, e finisce per realizzarsi secondo modalità meno coerenti e risolutive rispetto a quelle prefigurate dal modello astratto.

Rimarcherò due peculiari aspetti che, a mio avviso, contribuiscono a incrinare l'astratta coerenza del modello di autogoverno attualmente prefigurato sul piano normativo.

Come previsto per altri organi di autogoverno, in Italia e in altri paesi europei, la componente laica è di numero inferiore rispetto alla componente togata. La *ratio* sottesa a questa soluzione è che mentre un apporto dei rappresentanti della società civile è benvenuto, una prevalenza del numero dei medesimi rispetto ai componenti togati è invece da scongiurare. La realtà, tuttavia, è ben diversa. La componente togata appare fortemente divisa non solo in ragione della competitività generata dalle iniziative delle varie associazioni di categoria, ma anche a causa di alcune questioni di fondo ancora irrisolte, che riguardano il trattamento giuridico dei magistrati e che vedono i magistrati dei Tribunali territoriali e i magistrati del Consiglio di Stato su fronti perlopiù contrapposti<sup>7</sup>.

Queste divisioni offrono, oggettivamente, alla componente laica una più ampia possibilità di incidere sulle determinazioni che l'organo di autogoverno è chiamato ad assumere, una possibilità che travalica di gran lunga la modesta consistenza numerica che caratterizza la medesima componente.

La purezza e l'integrità del modello normativo astratto appare compromessa, inoltre, da un incalzante processo di 'giurisdizionalizzazione' a cui sono assoggettate le delibere consiliari. Va infatti considerato che buona parte degli atti del Consiglio di Presidenza, soprattutto quando direttamente incidenti sullo stato dei singoli magistrati, è sempre più di frequente impugnata e sottoposta al vaglio giurisdizionale.

Che il sindacato giurisdizionale finisca per erodere lo spazio di discrezionalità attribuito all'organo di autogoverno della giustizia amministrativa non è fenomeno nuovo. Questa progressiva estensione del sindacato giurisdizionale si è manifestata ormai da vari anni e ai vari livelli di articolazione del nostro sistema politico-istituzionale. Non vale obiettare che il sindacato giurisdizionale – in virtù di un indirizzo ermeneutico ben accreditato – appare limitato ai soli vizi di legittimità (violazione di legge ed eccesso di potere), e non può incidere nel merito delle scelte operate. In verità, quando la censura si appunta sul criterio di ragionevolezza o sulla coerenza logica della decisione, quando viene denunciata la scarsa accuratezza degli accertamenti istruttori effettuati, il rigore della distinzione rischia di sfumare sullo sfondo.

Non v'è dubbio che anche le decisioni di un organismo di autogoverno debbano soggiacere al sindacato giurisdizionale. I provvedimenti del Consiglio Superiore della Magistratura riguardanti i magistrati ordinari sono ricorribili, ai sensi dell'art. 17 della legge 24 marzo 1958, n. 195 (modificato dal d.l. n. 90/2014, conv. nella legge n. 114/2014), al Consiglio di Stato per motivi di legittimità, mentre quelli specificamente adottati in materia disciplinare sono ricorribili davanti alle sezioni unite della Corte suprema di Cassazione (Francario, Sanchini, 2009; Ferrari, 1988; Cugurra, 1984; Cannada Bartoli, 1972; De Siervo, 1968; Sandulli, 1963; Spagna Musso, 1962; Patroni Griffi, 2015)<sup>8</sup>. Parimenti ricorribili dinanzi al giudice amministrativo sono i provvedimenti degli organi di autogoverno della giustizia contabile e della giustizia amministrativa.

È innegabile che tutti i cittadini, compresi i magistrati, abbiano diritto a ottenere la tutela giurisdizionale dei propri diritti e interessi anche nei confronti di un organo che, in quanto deputato ad esercitare poteri di autogoverno a tutela della loro stessa autonomia e indipendenza, aspira ad esercitare le proprie prerogative senza interferenze di sorta, mantenendosi immune da eventuali condizionamenti, interni o esterni.

Nell'ambito della giustizia amministrativa, tuttavia, questo fenomeno assume contorni davvero singolari. Nel sistema attuale, gli organi giudiziari chia-

mati a operare il vaglio giurisdizionale delle delibere consiliari sono il Tribunale Amministrativo della Regione Lazio e il Consiglio di Stato, con particolare riguardo alle sezioni di tali uffici che risultano investite della decisione in base al riparto di competenze<sup>9</sup>. Si realizza, di tutta evidenza, una piena sovrapposizione tra i soggetti destinatari dei provvedimenti del Consiglio di Presidenza e i giudici della legittimità dei provvedimenti medesimi.

La limitazione del sindacato giurisdizionale ai soli vizi di legittimità delle deliberazioni consiliari, per quanto già anticipato, non vale a superare la singolarità dell'attuale sistema. Il vaglio giurisdizionale delle delibere consiliari operato dalle corti di giustizia amministrativa è reso, peraltro, ancora più incisivo per effetto della tutela cautelare. La misura cautelare consente un'immediata sospensione dell'efficacia della delibera consiliare e, spesso, quando i tempi di una tutela di merito non sono compatibili con l'urgenza delle decisioni da adottare, essa finisce per costituire l'effettiva misura giurisdizionale.

Questo sistema è davvero incongruente, ai limiti della più scoperta aporia logico-giuridica: il medesimo giudice che – con l'ausilio di membri laici – si auto-governa... soggiace alla sua propria giurisdizione.

Per questa via, le decisioni di ultima istanza in ordine alle scelte di governo della giustizia amministrativa finiscono per essere demandate ai magistrati amministrativi che operano nelle sezioni dei citati uffici giurisdizionali: in definitiva, a soggetti che proprio terzi non sono.

È auspicabile l'introduzione di una riforma legislativa, che valga ad attribuire il sindacato giurisdizionale sugli atti del Consiglio di Presidenza (e degli altri organi di autogoverno) a una corte superiore specificamente deputata alla risoluzione di tali controversie. Verrebbe così attuato il disegno di Mortara, il quale, nella prolusione al corso di procedura civile tenuto all'Università di Napoli, nel dicembre del 1898, auspicava la costituzione di un Tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione (Mortara, 1899).

### *3. Sugli indebiti condizionamenti che possono influenzare le determinazioni dell'organo di autogoverno*

Una ponderata riflessione sulle politiche di autogoverno nell'ambito della giustizia amministrativa non può trascurare di considerare che l'acribica attività istruttoria e il serrato confronto dialettico che dovrebbero caratterizzare l'operato dei componenti del Consiglio di Presidenza e che presiedono alla libera e corretta formazione della volontà dell'Organo di autogoverno possono risultare alterati da indebiti condizionamenti, di vario tipo, esogeni ed endogeni.

Alcuni di questi condizionamenti possono coinvolgere, più specificamente, la componente non togata, altri, più specificamente, la componente togata.

Ovviamente limiteremo la nostra considerazione ai condizionamenti che possono contribuire ad alterare, in via sistematica, la libera partecipazione dei componenti alle attività del Consiglio nel segno della piena autonomia di giudizio, mentre trascureremo i condizionamenti che possono derivare da specifiche situazioni o relazioni interpersonali intrattenute da singoli membri, pure suscettibili di compromettere la loro imparzialità e indipendenza di giudizio<sup>10</sup>.

I condizionamenti che può subire la componente non togata, in parte, li abbiamo già anticipati nel paragrafo che precede, allorché abbiamo riflettuto sulle modalità di elezione dei membri laici.

Possiamo qui aggiungere che la *ratio* sottesa alla scelta di integrare un consenso di autogoverno della magistratura con componenti laici rimarrebbe irrimediabilmente frustrata ove la componente non togata finisse per costituire il veicolo di indebite influenze sulle attività del Consiglio di Presidenza da parte del 'sistema politico' (gruppi parlamentari, autorità di governo, singoli esponenti politici). La componente non togata nei consigli di giustizia, infatti, non è stata certo introdotta al fine di minare i valori dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura nei confronti degli altri poteri dello Stato<sup>11</sup>. La ragione di questa presenza – come già accennato – risponde all'esigenza di evitare che la magistratura si strutturi, sul piano del governo e dell'alta amministrazione, come un corpo integralmente separato. La presenza della componente non togata all'interno del Consiglio di Presidenza e, più in generale, dei consigli di giustizia mira a realizzare le premesse di una *governance* responsabile del corpo giudiziario. Questa presenza contribuisce a realizzare una peculiare forma di *accountability* nell'ambito del governo giudiziario, poiché i *cives* eletti dal Parlamento stimolano la componente togata ad assumere scelte responsabili e a rendere conto del proprio operato e delle conseguenze delle loro iniziative nei confronti della società civile<sup>12</sup>.

Una cautela che andrebbe adottata è evitare che i componenti laici siano avvocati che esercitano il proprio patrocinio professionale dinanzi alla magistratura amministrativa. La previsione di cui all'art. 5, 7° co., della legge n. 186/1982, in verità, dispone che i componenti del Consiglio non possano svolgere nessuna attività suscettibile di interferire con le funzioni del Consiglio di Stato e dei tribunali amministrativi regionali. Ma non è questione solo di incompatibilità a svolgere il patrocinio legale per l'intera durata dell'incarico. Il problema sorge anche per il periodo successivo alla cessazione dell'incarico, in considerazione del rischio che il componente non togato possa risultare condizionato, nell'esercizio dei suoi compiti istituzionali, dalla prospettiva di svolgere successivamente attività professionale dinanzi alle corti di giustizia amministrativa. In definitiva, la scelta di eleggere componenti non togati che non esercitino attività difensiva dinanzi alla giurisdizione amministrativa e il divieto di non esercitare

tale attività per un certo numero di anni dopo la cessazione dell'incarico vale a rendere i membri laici più sereni e distaccati nell'assolvimento dei propri compiti istituzionali.

Quanto alla componente togata, va senz'altro riconosciuto che i singoli rappresentanti possono subire condizionamenti derivanti dai rapporti amicali e di solidarietà professionale che inevitabilmente si instaurano tra colleghi magistrati. Va peraltro osservato che molte delle attribuzioni riconosciute al Consiglio non implicano deliberazioni di ordine generale, ma sottendono specifici provvedimenti assunti nei riguardi di singoli magistrati. Sotto questo rispetto, la preferenza tradizionalmente accordata al criterio dell'anzianità di servizio ai fini dell'assegnazione degli incarichi direttivi e semi-direttivi è un buon antidoto contro l'incidenza di questa tipologia di condizionamento, anche se rischia di innescare automatismi che possono rivelarsi poco in linea con i modelli più funzionali ed efficienti di gestione degli uffici direttivi<sup>13</sup>. Questi ultimi modelli, infatti, contemplano l'investitura negli incarichi delle persone più competenti e idonee anche sul piano della capacità organizzativa, non già dei magistrati semplicemente più anziani in ruolo<sup>14</sup>. Allo stato attuale della regolamentazione, diventa indispensabile, quantomeno, interpretare in termini rigorosi il criterio del 'non demerito', che è l'unico filtro alla progressività degli avanzamenti di carriera e, quindi, delle promozioni. Questa linea esegetica di rigore esprime una sua coerente forza logica: i magistrati che hanno accumulato *ritardi* nel deposito dei provvedimenti giurisdizionali di loro pertinenza – e che non sono in grado di fornire plausibili giustificazioni alle loro inadempienze – non hanno certo offerto buona prova di sé sul piano auto-organizzativo; è ragionevole inferire che, parimenti, non offrano adeguate garanzie di saper organizzare e coordinare le attività dei loro colleghi e di un intero ufficio giudiziario.

Il 15 gennaio 2016 il Consiglio di Presidenza ha adottato una delibera contenente i criteri per la valutazione dei ritardi nel deposito dei provvedimenti giurisdizionali. La delibera attribuisce ai ritardi non solo una rilevanza disciplinare, ma anche uno specifico rilievo in vista dei passaggi di qualifica e del conferimento di incarichi direttivi e semi-direttivi. Questa iniziativa costituisce un primo passo al fine di istituire un nesso logico-normativo tra disciplina dei ritardi, giudizio attitudinale per gli incarichi direttivi e responsabilità disciplinare. È da auspicare che, dopo questo primo passaggio regolamentare, si possa pervenire quanto prima a una disciplina ancora più coerente e rigorosa sui ritardi, in modo da rendere sempre più stringente il cennato nesso e da scongiurare che il criterio dell'anzianità di servizio 'salvo demerito' possa comprimere le esigenze di funzionalità degli uffici giuridici e di efficienza del servizio giurisdizionale<sup>15</sup>.

Ma un condizionamento anche maggiore è quello che deriva dall'influenza esercitata dagli organismi associativi, che diventano particolarmente attivi nella

fase elettorale, preordinata alla selezione dei candidati e all'elezione dei membri togati del Consiglio di Presidenza. Anche nella magistratura amministrativa, in verità, il criterio di democraticità e la forza della rappresentatività che presiedono all'elezione dei componenti togati devono fare i conti con i riflessi negativi riconducibili alle logiche di appartenenza e ai legami di solidarietà di cui le associazioni di categoria, pressoché inevitabilmente, si fanno portatrici.

E, così, se da un lato gli organismi associativi contribuiscono ad alimentare il dibattito 'politico' e a elevare i toni della discussione indirizzandola verso finalità di interesse generale, come pure favoriscono un approccio pluri-culturale e un confronto democratico in vista della risoluzione dei problemi della giustizia amministrativa, dall'altro lato, attraverso il vincolo associativo, instillano nei magistrati affiliati logiche di 'appartenenza' e spirito di 'fedeltà' che possono rivelarsi gravemente perniciosi ove inducano i singoli rappresentanti a privilegiare i sodali dell'associazione o, talvolta, anche solo della medesima corrente associativa, a scapito degli esterni. La magistratura amministrativa non è affatto esente da questo rischio. L'associazionismo, anche nella magistratura amministrativa, in misura forse minore rispetto a quanto accade nella magistratura ordinaria, rischia sovente di penalizzare i singoli magistrati che non professano nessuna affiliazione.

Altri condizionamenti che, anch'essi in via sistematica, possono affliggere la componente togata sono riconducibili alle modalità con cui si perviene alla designazione, con particolare riguardo alla nomina governativa di parte dei magistrati del Consiglio di Stato, e ai rapporti personali e ai conflitti di interesse che possono sorgere a seguito dello svolgimento di taluni incarichi extragiudiziari assegnati ai magistrati amministrativi.

#### *4. Su alcuni accorgimenti per perseguire una 'buona' politica di autogoverno*

Non esistono criteri certi e sicuri che possano garantire – una volta per tutte – il perseguimento di una 'buona' politica di autogoverno da parte del Consiglio di Presidenza.

Vi sono, però, alcuni accorgimenti che possono rivelarsi molto utili al fine di contribuire al perseguimento di questa finalità. Elevare il tono e il livello delle discussioni – e qui la componente laica può offrire un impreteribile contributo –, ricollegarsi costantemente ai principi costituzionali, recuperare le più generali *rationes* sottese alle previsioni legislative e regolamentari, elaborare soluzioni razionali attraverso percorsi argomentativi ben saldi, che si mantengano coerenti sul piano sistematico e lineari nel tempo, senza scarti o deviazioni a seconda delle affiliazioni associative dei singoli magistrati coinvolti di volta in volta dalle decisioni: sono questi alcuni degli accorgimenti che possono contribuire a

scacciare via il rischio di una politica di autogoverno inquinata da pratiche lotizzatorie o sopraffatta dalla bassa corte di affari di mero interesse *particolare*.

Il Consiglio di Presidenza è un consesso a cui prendono parte, mediamente, giuristi che vantano un elevato livello di preparazione giuridica. Le discussioni in seno alle commissioni e al *plenum* propongono – non di rado – raffinate interpretazioni del quadro normativo vigente, sofisticate esegesi delle previsioni normative di volta in volta interessate. Accade sovente, peraltro, che, all’esito di tale dibattito, si fronteggino prospettazioni esegetiche che propongono soluzioni diametralmente opposte, accreditando la convinzione secondo cui ogni gesto ermeneutico, anche il più acribico e rigoroso, finisce per esibire, inevitabilmente, un buon margine di opinabilità<sup>16</sup>.

Non sempre, tuttavia, queste distinte interpretazioni si pongono tutte sul medesimo piano. Alcune di esse si rivelano, palesemente, quali ingegnosi cavilli o sottili arzigogoli. Ennio Flaiano ricordava che, in Italia, la distanza più breve tra due punti è un arabesco. E arabeschi si rivelano quei percorsi argomentativi che, tramite il richiamo e la combinazione apparentemente ‘neutra’ di disposizioni normative di vario ordine e grado, attraverso l’accorto utilizzo di espedienti retorici e di stilemi argomentativi, finiscono per proporre soluzioni che ottendono il valore di alcuni principi che invece sono inoppugnabili, soprattutto ove si muova dalla necessaria premessa che l’attività giurisdizionale è un servizio essenziale che i magistrati sono chiamati a svolgere, in condizione di autonomia e indipendenza, a beneficio della intera comunità dei cittadini<sup>17</sup>.

Questi principi e queste regole generali, da cui sono desumibili altrettanti obiettivi di tutela, sono: l’autonomia e l’indipendenza dei magistrati, da rispettare come valore fondante di ogni forma e tipo di attività giurisdizionale e da salvaguardare in funzione dell’imparzialità e della terzietà del giudice stesso, quali valori posti nell’interesse dei cittadini (Piperata, Sandulli, 2012; Orsi Battaglini, 2005: 33 sgg.; Pototschnig, 1965; Scarselli, 2001; Biavati, Cavallini, Orlandi, 2016: 54 sgg.); la tutela dell’efficienza ma anche della qualità del servizio giurisdizionale; la piena salvaguardia della effettività della tutela giurisdizionale<sup>18</sup>; l’affermazione dell’esercizio delle funzioni di istituto quale compito primario di ciascun magistrato; l’ammissione del magistrato allo svolgimento di attività estranee al suo compito istituzionale nei limiti in cui tali attività non compromettano lo svolgimento delle funzioni giurisdizionali, non pregiudichino l’indipendenza del magistrato stesso e non ledano il prestigio dell’intera magistratura.

Per elaborare percorsi di razionalità giuridica che siano davvero solidi e affidabili, occorre costantemente attingere a questi principi, mettere a fuoco i valori ad essi sottostanti e perseguire le correlate finalità di tutela. Questi riferimenti debbono essere acquisiti quale sostrato argomentativo di qualsivoglia ragionamento giuridico e debbono essere assunti quali premesse di ogni pratica di-

scorsiva posta a fondamento delle iniziative di autogoverno.

Evidentemente, questo ‘ragionar per principi’, questo attingere costantemente a ‘norme senza fattispecie’ comporta – occorre concederlo – un buon margine di discrezionalità interpretativa. Una discrezionalità accresciuta dal fatto che l’enucleazione di valori, di obiettivi e di interessi espone al delicato compito di comporre, secondo la tecnica del bilanciamento e il canone della ragionevolezza, i conflitti generati dalla concorrenza tra interessi identici di cui sono portatori soggetti distinti (conflitti *intra-rights*), i conflitti che originano dalla sovrapposizione di interessi individuali non omogenei (conflitti *inter-rights*) e i conflitti che scaturiscono dal contrasto tra interessi individuali e interessi generali<sup>19</sup>. Questa discrezionalità interpretativa viene a sommarsi alla discrezionalità politico-amministrativa, immanente all’esercizio delle prerogative spettanti all’organo di autogoverno.

Da questi principi e obiettivi, a ben considerare, si irradiano molteplici corollari, suscettibili di orientare la soluzione anche delle decisioni più specifiche e delle questioni più minute.

Un esempio concreto, tra i tanti, potrà contribuire a chiarire meglio come anche un ‘ragionar per principi’, lungi dall’alimentare indeterminazione giuridica e incertezza di indirizzo politico-amministrativo, possa contribuire a risolvere questioni anche molto specifiche.

Nel dubbio – a cui potrebbero dare adito alcune pieghe della vigente normativa – che anche a un magistrato fuori ruolo possa spettare il conferimento di un incarico direttivo, il ragionamento dovrebbe muovere da una premessa ineludibile, che caratterizza l’efficienza di qualsiasi struttura organizzativa, tanto più se pubblica e quindi assoggettata al principio del ‘buon andamento’ di cui all’art. 97 Cost.<sup>20</sup>

Questa premessa può essere così identificata: il presupposto per il conseguimento di un incarico direttivo, che ha delicati e complessi risvolti sul piano organizzativo e funzionale, non può che essere l’*effettivo* esercizio delle relative funzioni. Questo perché solo l’effettivo esercizio delle relative funzioni è, a sua volta, garanzia dell’efficienza e della funzionalità delle attività giurisdizionali (Luciani, 2014).

La Corte costituzionale, peraltro, sin dalla lontana sentenza n. 177 del 1973, ha auspicato un «rigoroso rispetto delle norme relative al collocamento fuori ruolo dei magistrati del Consiglio di Stato con esclusione di deroghe», come pure «il sostanziale contenimento degli incarichi speciali» e, ancora, la «realizzazione in fatto delle condizioni necessarie perché la decisione dei ricorsi sia pronta ed in nessun caso ritardata da impegni non istituzionali dei componenti dei collegi giudicanti». La medesima pronuncia terminava valutando questi presupposti necessari ad allargare e a far divenire sempre più effettive «l’eguaglianza di tutti i cittadi-

ni davanti alla legge [...], la soggezione dei giudici solo alla legge [...], e la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi dei cittadini [...]]<sup>21</sup>.

Se si muove da tali principi occorre convenire che, in materia di incarichi dirigenziali dei magistrati fuori ruolo, specifiche previsioni normative di segno contrario vadano assunte quali eccezioni con funzione derogatoria, non estensibili – per questa ragione – in sede applicativa.

La norma inserita nell'art. 9, comma 5 *bis* del d.lgs. n. 3030/1999, che consente ai magistrati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, collocati in posizione di fuori ruolo, di poter conseguire un incarico dirigenziale senza l'esercizio effettivo delle relative funzioni, ha una chiara funzione derogatoria del principio più sopra enunciato<sup>22</sup>.

A nulla vale obiettare che la portata estensiva di questa norma è stata prevista dal medesimo legislatore, che ha applicato il medesimo 'privilegio' anche ai giudici costituzionali e ai presidenti o componenti delle autorità amministrative indipendenti (per effetto dell'art. 7 *vicies quinquies* d.l. n. 7/2005, aggiunto dalla legge di conversione n. 43/2005).

A fronte di queste previsioni derogatorie, una miriade di altre norme attestano la saldezza del principio della *effettività* del servizio, al fine di garantire il 'buon andamento' della funzione giurisdizionale.

L'art. 2, comma 3, della legge n. 1018/1950, ad esempio, impedisce il ricollocamento fuori ruolo ove non sia decorso almeno un anno di «effettivo servizio al Consiglio di Stato dalla cessazione del precedente incarico». L'art. 29 della legge n. 205/2000 dispone che il «collocamento fuori ruolo ha una durata massima di tre anni; non può essere nuovamente disposto se non dopo due anni di effettivo servizio». L'art. 21, comma 5, della legge sull'ordinamento della giurisdizione amministrativa (legge n. 186/1982) prevede che «la nomina a presidente di sezione del Consiglio di Stato e quella a presidente di tribunale amministrativo regionale comportano l'obbligo, per il nominato, di permanere nella sede di assegnazione per un periodo non inferiore a tre anni, salvo il caso di trasferimento d'ufficio disposto in applicazione delle norme in materia. Per lo stesso periodo non è consentito il collocamento fuori ruolo del magistrato». Sempre al fine di garantire un minimo di continuità nel servizio e quindi di efficienza della funzione giurisdizionale, la medesima norma così prosegue: «La nomina può non essere disposta nei confronti di magistrati il cui periodo di permanenza in servizio, fino al collocamento a riposo per raggiunti limiti di età, sia inferiore a tre anni dalla data di conferimento dell'incarico». Infine, a livello regolamentare, la delibera del Consiglio di Presidenza del 22 ottobre 2010, che introduce i criteri per le nomine a presidenti di sezione, statuisce espressamente, all'art. 3, comma 3, che «La mancata assunzione delle funzioni comporta la decadenza dalla nomina».

Se queste premesse si condividono, diventa irragionevole opinare che le più recenti previsioni sul fuori ruolo contenute nella legge n. 190/2012 (c.d. legge Severino) abbiano introdotto un'ulteriore norma di 'privilegio' per il giudice amministrativo che non svolga i propri compiti istituzionali (in aggiunta alla norma di favore – già richiamata – di cui all'art. 9, comma 5 *bis* del d.lgs. n. 303/1999).

La previsione di cui all'art. 1, comma 66, della legge Severino è chiaramente orientata a perseguire quella che definirei una *operazione di igiene organizzativo-funzionale*: coloro che ricoprono incarichi apicali o semi-apicali presso istituzioni ed enti pubblici debbono essere necessariamente collocati fuori ruolo; non possono più esercitare, promiscuamente, funzioni di istituto e incarichi extra-istituzionali.

La norma mira proprio a evitare che si possano perseguire, parallelamente, due distinte carriere cumulando incarichi sull'uno e sull'altro versante. In aggiunta, pone un limite al collocamento fuori ruolo: il comma 68 del medesimo art. 1 prevede che esso non possa superare i dieci anni, anche continuativi.

La parte finale del comma 68 dispone: «Il predetto collocamento non può comunque determinare alcun pregiudizio con riferimento alla posizione rivestita nei ruoli di appartenenza».

Questa previsione può legittimare il conseguimento di incarichi direttivi senza l'*effettivo esercizio* delle relative funzioni?

Certamente no. Se volessimo attribuire alla norma il significato di consentire all'interessato di 'fare carriera' restando fuori dall'amministrazione di appartenenza, finiremmo per attribuire a questa specifica previsione il compito non solo di vanificare l'obiettivo perseguito dalle previsioni precedenti, che è di evitare che gli interessati possano coltivare carriere 'parallele' beneficiando delle progressioni che gli si offrono sia sul versante istituzionale sia sul versante extra-istituzionale. Di più. A questa norma finiremmo per attribuire il più specifico compito di legittimare la completa progressione di carriera degli interessati nell'ambito dell'istituzione di appartenenza pur durante il periodo del fuori ruolo.

Quest'ultima interpretazione è insostenibile perché avrebbe l'effetto di attribuire a una mera previsione di 'salvaguardia' (*nessun pregiudizio*) il compito di introdurre un privilegio generalizzato a beneficio di tutti gli appartenenti alle varie categorie interessati da incarichi apicali o semi-apicali: magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, avvocati e procuratori dello Stato.

La realtà è che questa norma mira a prevenire un *nocumento*, ma non vale ad attribuire un *privilegio*.

Per postulare l'introduzione di quest'ultimo occorrerebbe, quantomeno, un'esplicita previsione derogatoria, come è accaduto con l'art. 9, comma 5 *bis*, d.lgs. n. 303/1999 più sopra richiamato, che peraltro – ad avviso di chi scrive – espri-

me chiari profili di contrasto con i principi costituzionali di cui agli artt. 97 e 3 della nostra Carta costituzionale.

Alla luce di queste precisazioni, deve convenirsi come non sia possibile – allo Stato – attribuire alla previsione della legge Severino contenente il riferimento alla nozione di ‘pregiudizio’ (art. 1, comma 68 cit.), l’effetto di attribuire ai magistrati amministrativi (e alle altre categorie interessate), collocati obbligatoriamente in fuori ruolo, il ‘privilegio’ di conseguire le qualifiche direttive continuando a rimanere in fuori ruolo, con collocazione in posizione soprannumeraria.

Ma, per completare il ragionamento, quale può essere, allora, il più plausibile significato da attribuire alla nozione di ‘pregiudizio’?

La norma in esame impedisce che il magistrato collocato fuori ruolo possa ricevere un documento sul piano economico. La progressione economica da ricollegare all’anzianità di servizio non può essere compromessa in ragione del collocamento fuori ruolo, poiché anche gli anni di collocamento fuori ruolo debbono valere ai fini dell’anzianità di servizio e del relativo trattamento economico.

La norma in esame impedisce altresì che il magistrato collocato fuori ruolo possa essere escluso, solo per questa ragione, dall’interpello finalizzato al conferimento di incarichi direttivi.

Se al magistrato collocato fuori ruolo fosse preclusa la possibilità di accedere, in assoluto, agli interpelli per il conferimento di incarichi direttivi, allora si che avremmo un pregiudizio ai sensi del citato art. 1, comma 68.

Diversamente, non possono essere considerate pregiudizievoli le previsioni che impongono al magistrato che abbia aderito a un interpello e, per questo, abbia dichiarato la sua disponibilità a ricoprire l’incarico direttivo, di *esercitare effettivamente* la funzione dirigenziale che lui stesso si è liberamente impegnato a esercitare.

Una conferma indiretta, di ordine sistematico, all’interpretazione qui sostenuta si ricava proprio dal confronto con l’art. 9, comma 5 *bis*, d.lgs. n. 303/1999 dove, volendo attribuire il privilegio ai magistrati fuori ruolo che invece dalla legge Severino non è riconosciuto, viene evocata sì la nozione di pregiudizio (*ad evitandum*), ma con la specifica precisazione che tale pregiudizio riguarda «l’avanzamento e il relativo posizionamento nei ruoli di appartenenza»<sup>23</sup>.

In conclusione, il ragionamento giuridico appena sopra articolato sta ad attestare come un percorso argomentativo che sappia mantenersi saldamente ancorato ai principi costituzionali, che sappia operare un accorto bilanciamento degli interessi potenzialmente in conflitto tra loro, avendo riguardo alle preminenti ragioni della funzionalità ed efficienza del servizio giurisdizionale, finisce per indirizzare univocamente la risoluzione di una complessa e delicata questione, che pure appare – *prima facie* – di incerta interpretazione.

### 5. *Su alcune misure e iniziative volte a migliorare l'efficienza del servizio giurisdizionale*

L'efficienza e la funzionalità del servizio giurisdizionale amministrativo costituiscono un obiettivo di sistema molto complesso, che va perseguito per mezzo di strategie articolate e unitariamente orientate sul piano teleologico, confidando non tanto nella risolutività di questa o quella specifica misura, quanto piuttosto nel coordinamento efficace delle varie iniziative e dei differenti strumenti di intervento<sup>24</sup>.

Alcune di queste iniziative e misure, evidentemente, esulano dalla sfera delle prerogative attribuite al Consiglio di Presidenza.

Anche per questa ragione, non è questa la sede idonea ad affrontare la *vexata quaestio* se sia meglio procedere all'unificazione delle giurisdizioni, ordinaria e amministrativa, o se sia meglio perseguire con il «sistema articolato ed atipico di doppia giurisdizione» (Cognetti, 2014: 75) che la nostra tradizione ha ormai contribuito a consolidare. È bene, però, che questa diatriba non si sviluppi con esclusivo rilievo al piano dei modelli astratti di tutela o delle caratteristiche più tipiche del rispettivo sindacato giurisdizionale<sup>25</sup>, ma si misuri anche sui concreti contenuti dei progetti riformatori e, segnatamente, sulle specifiche misure organizzative e conformative della tutela, onde evitare che la questione trascolori in una mera logomachia dialettica e che, in questa astratta prospettiva, finisca irretita tra petizioni di principio e mere difese d'ufficio. In particolare, le prospettazioni teoriche che invocano l'unificazione delle due giustizie (Nigro, 1983; Travi, 1998; Lariccia, 2007; Balboni, 2011; Ferrara, 2014; in senso contrario, di recente, Patroni Griffi, 2016) e che, muovendo dal principio della unicità della giurisdizione – che la medesima giurisprudenza costituzionale ritiene acquisito<sup>26</sup> –, auspicano l'unità organica e funzionale della magistratura, dovrebbero premurarsi di delineare anche soluzioni concrete, utili a scongiurare eventuali ricadute negative di queste iniziative riformatrici.

Chi, per ragioni professionali, si misura abitualmente con la giustizia civile, conosce bene le ormai croniche inefficienze e disfunzioni che la caratterizzano e sa bene come questo servizio tradisca, purtroppo non di rado, i valori costituzionali della piena ed effettiva tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) e del giusto processo (art. 111 Cost.) (sul nesso tra ragionevole durata del processo e garanzia di effettività della tutela v., tra gli altri, Tarullo, 2008: 380; Vignera, 2003: 1222; in argomento anche Giacchetti, 1996)<sup>27</sup>. La progettata confluenza delle due giustizie esporrebbe, a tacer d'altro, anche al problema della moltiplicazione dei gradi di giudizio di un processo, quello amministrativo, che, attualmente, conosce solo la verifica di gravame e che, rispetto al processo civile, esibisce ben maggiore efficienza e, segnatamente, ben più elevata armonia con la garanzia costituzionale di ragionevole durata.

Non mi soffermerò, in questa sede, neppure su quelle proposte volte a migliorare l'efficienza della giustizia amministrativa che – pressoché ciclicamente – vengono prospettate con chiari intenti deflattivi e che mirano a restringere l'ambito applicativo della tutela cautelare, che pure in sede di giustizia amministrativa è abitualmente invocata dai ricorrenti<sup>28</sup>. In verità, ove si miri a perseguire l'obiettivo dell'efficienza del servizio giurisdizionale senza voler trascurare, tuttavia, il principio chiovendiano secondo cui la «durata del processo non può andare a danno dell'attore che ha ragione» (su tale principio v. Proto Pisani, 1985: 1884), non è certo auspicabile limitare il raggio di azione e l'efficacia dell'istituto cautelare, al quale anche la giurisprudenza costituzionale e la giurisprudenza della Corte europea accordano un chiaro valore strumentale rispetto al fondamentale valore della pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale (Proto Pisani, 1985: 1884).

Altra direzione riformatrice che è stata concretamente perseguita dal legislatore, soprattutto in questi ultimi anni, è quella che prevede la contrazione dei tempi processuali nelle controversie regolate da riti speciali o accelerati. È una soluzione che sta dando chiari frutti, perché ha comportato un effettivo contingentamento dei tempi di giustizia nelle controversie interessate (appalti, procedimenti elettorali, impugnazione di provvedimenti di autorità indipendenti, provvedimenti adottati in regime di emergenza). Vero è che questa soluzione rischia di esporre a perniciosi effetti indesiderati: la giustizia amministrativa si sta strutturando sempre più come un sistema a doppio binario; su di un binario viaggiano i processi economicamente e politicamente sensibili, che pienamente corrispondono ai parametri della ragionevole, anzi 'ragionevolissima', durata<sup>29</sup>; sul restante binario viaggiano i processi con rito ordinario, che continuano a esporre taluni profili di criticità e che non di rado finiscono esiliati, con sacche pur isolate di denegata giustizia. Quel che preoccupa maggiormente è che la linea discriminatoria tra l'uno e l'altro binario non risulta affatto tracciata in base alla natura e al rango, più o meno elevati, dei diritti e degli interessi di cui è invocata la tutela, quanto piuttosto in base alla rilevanza politico-economica delle controversie.

Un ragionamento a parte meriterebbe anche la recente tendenza legislativa a sacrificare le garanzie giurisdizionali in nome dell'efficienza economica: di qui la moltiplicazione dei costi di accesso alla giustizia amministrativa e l'introduzione di meccanismi sanzionatori destinati a elevare le spese di giudizio.

La prima tendenza appare ben poco commendevole. Mentre appare ragionevole e, anzi, auspicabile incrementare meccanismi deflattivi basati sul ricorso a sistemi alternativi ai tradizionali percorsi giurisdizionali (conciliazione, mediazione e così via: Calabrò, 2012: 13 sgg.; Clemente di San Luca, 2011; Manganaro, 2008), non è soluzione assiologicamente apprezzabile né tantome-

no dignitosa per un paese civile la realizzazione di un modello di giustizia ‘censitaria’, ove gli elevati investimenti economici richiesti per promuovere un giudizio finiscono per rendere i percorsi giurisdizionali di tutela accessibili, nei fatti, ai soli soggetti abbienti<sup>30</sup>.

La seconda tendenza legislativa, riguardante la progressiva elevazione delle spese liquidate all’esito del giudizio, si sta rivelando, proprio in questi ultimi anni, in tutta la sua portata. Lo testimoniano i ripetuti interventi legislativi che hanno modificato le previsioni contenute nell’art. 26 cod. proc. amm. e che hanno, da ultimo, ribadito la natura di ‘sanzione pecuniaria’ della misura ivi prevista. Il principio di buona fede, coniugato sempre più spesso al concetto di abuso del diritto, ha acquisito ormai una estrema rilevanza anche nell’ambito del diritto pubblico e sta mostrando una notevole potenzialità espansiva anche sul versante processuale (Tropea, 2015: 433 sgg.).

### 5.1 Sulla produttività dei magistrati amministrativi

Veniamo alle iniziative che più direttamente sono ricomprese nel ventaglio di competenze ed attribuzioni del Consiglio di Presidenza.

Un primo terreno su cui si possono sperimentare alcune proficue iniziative riguarda il tema della ‘produttività’ dei magistrati amministrativi.

Su questo terreno l’analisi deve confrontarsi con le previsioni regolamentari e muovere dall’analisi dei dati oggettivi.

In quest’ambito, deve rilevarsi come il Consiglio di Presidenza, nel corso della precedente consiliatura – in attuazione dell’art. 13, 6° co., della legge n. 186/1982, che gli attribuisce il compito di determinare i criteri e le modalità per la fissazione dei carichi di lavoro dei magistrati – abbia adottato, in data 18 gennaio 2013, una delibera contenente *Disposizioni per assicurare la qualità, la tempestività e l’efficientamento della giustizia amministrativa*.

Con l’intento di ottimizzare il servizio assicurato dalla giustizia amministrativa, la suddetta delibera ha fissato, all’art. 2, i criteri in base ai quali i responsabili degli uffici giudiziari effettuano la ripartizione delle materie fra le sezioni e assegnano gli affari ai singoli magistrati.

La citata delibera, all’atto di fissare i carichi di lavoro dei magistrati amministrativi, offre indicazioni in parte contraddittorie e, in ogni caso, molto opinabili. Da un lato, l’art. 3, 1° co., stabilisce che tutti «i magistrati assegnati a sezioni giurisdizionali devono depositare, in ogni anno solare, almeno 80 sentenze». Dall’altro lato, il secondo comma dell’art. 1 assume come «vincolanti» i carichi di lavoro stabiliti dal Consiglio di Presidenza, precisando, subito dopo, che l’assegnazione di carichi di lavoro superiori a quelli ordinari è «possibile dietro consenso del magistrato interessato e previo assenso del C.P. [Consiglio di

Presidenza, n.d.r.]» e sempre che «il superamento dei livelli massimi prestabiliti non pregiudichi standard qualitativi adeguati», certificati dai responsabili dei singoli uffici giudiziari.

Non è affatto agevole offrire un'esegesi 'razionale' delle previsioni appena richiamate, che sappia restituire alle stesse un filo di coerenza. Se è vero che il numero di 80 sentenze è la soglia minima, è pur vero che l'effetto 'vincolante' riguardante i carichi di lavoro, previsto dall'art. 1 (rubricato *Finalità e ambito applicativo*), parrebbe riguardare solo gli eventuali tentativi di superare tale soglia per eccesso, con conseguente aggravio di lavoro.

Le pressanti istanze provenienti dagli organismi associativi, evidentemente, hanno indotto all'adozione di una deliberazione mirata a stabilire più che una soglia minima di produttività per il singolo magistrato, un tetto massimo al carico di lavoro, che può essere superato in virtù di una procedura molto elaborata, che prevede financo l'intervento autorizzativo del Consiglio di Presidenza.

Questa esegesi si rafforza per effetto della previsione regolamentare contenuta nel terzo comma del medesimo art. 1, che rischia di esporre i magistrati più volenterosi, disponibili ad assumere su di sé aggravii di lavoro, a severe sanzioni: «La violazione reiterata, per due volte nell'arco dell'anno, dei criteri della presente deliberazione rileva sotto il profilo disciplinare ed impedisce il conferimento e l'autorizzazione d'incarichi extra istituzionali ed è valutata negativamente ai fini della promozione, del conferimento d'incarichi direttivi e della partecipazione alle attività formative».

La ragioni che correntemente vengono invocate al fine di giustificare l'impostazione adottata dalla delibera in esame sono riassumibili nel fatto che il rispetto dei carichi di lavoro contribuisce a preservare la qualità del servizio giurisdizionale e offre ai singoli magistrati un solido baluardo contro le improvvise iniziative di presidenti che, diversamente, potrebbero operare una ripartizione spezzata, sul piano qualitativo e quantitativo, degli affari tra i singoli magistrati.

In verità, molte delle previsioni contenute nella delibera in esame vanno riformulate perché chiaramente incongrue. Non solo. Come si dimostrerà nel prosieguo, queste previsioni regolamentari offrono, nel loro complesso, una rappresentazione fuorviante delle soglie di produttività dei magistrati amministrativi, che, in realtà, all'esito di una attenta disamina statistica, risultano ben superiori rispetto a quanto prefigurato dalla citata delibera.

Ma proseguiamo con l'analisi delle previsioni regolamentari. Il numero minimo di sentenze, attualmente pari a 80, va adeguatamente elevato, come pure la previsione dell'assegnazione a ciascun magistrato di un numero di affari non inferiore a 4 e non superiore a 6 (così l'art. 3, 4° co., della citata delibera) può essere chiaramente superata elevando il numero minimo di affari per udienza. Anche i criteri di computo del numero di sentenze che integrano il carico di la-

voro vanno completamente riformulati. Si consideri, infatti, che, in virtù della delibera, vengono attualmente contabilizzate come sentenze, a tutti gli effetti, anche le ordinanze che sospendono o interrompono i processi (art. 3, 2° co., lett. a e b). Ancora, nell'attuale computo del numero di sentenze non si tiene conto della oggettiva semplicità o serialità di alcune tipologie di provvedimenti giurisdizionali, come nel caso di pronunce in materia di rinnovo dei permessi di soggiorno, di sentenze pronunciate all'esito di giudizi di ottemperanza aventi a oggetto il pagamento di somme di denaro, molti dei quali in applicazione della legge n. 89 del 2001 (c.d. legge Pinto), di provvedimenti emessi all'esito di ricorsi contro il silenzio.

L'attuale Consiglio di Presidenza sta lavorando nella convinzione che buona parte delle previsioni della delibera sui carichi di lavoro del 18 gennaio 2013, appena sopra in parte riassunta, meritino di essere sottoposte a un'attenta opera di revisione. In seno alla terza commissione si sta completando il lavoro istruttorio in modo da pervenire all'elaborazione di adeguate proposte di modifica. Appare auspicabile, in particolare, la introduzione di adeguate misure che consentano una 'temperata' flessibilità in materia di assegnazione e di ripartizione dei carichi di lavoro tra i magistrati. In particolare, la fissazione di carichi di lavoro prestabiliti deve essere accompagnata dalla previsione di meccanismi che consentano di derogare ai limiti così prefissati in circostanze particolari: ad esempio, quando l'ufficio giudiziario si ritrovi ad affrontare contenziosi seriali, gravi arretrati o sensibili incrementi del contenzioso. La ripartizione del carico di lavoro secondo criteri standard non deve impedire che possano realizzarsi sinergie, all'interno di un ufficio giudiziario, tra presidente e magistrati assegnati alla sezione o al tribunale, per realizzare programmi mirati di smaltimento del contenzioso arretrato o anche seriale.

Per inciso, la delibera in oggetto si è attirata severe critiche anche da parte dei presidenti di sezione del Consiglio di Stato e da parte dei presidenti dei Tribunali amministrativi territoriali, che hanno promosso un ricorso per ottenere l'annullamento di questa e delle altre precedenti delibere, sempre in materia di distribuzione dei carichi di lavoro. La principale censura che è stata sollevata è stata quella secondo cui la suddetta delibera, volendo dettare criteri per la fissazione del carico di lavoro dei magistrati, avrebbe finito per ridurre drasticamente la discrezionalità dei presidenti, incidendo le prerogative ad essi spettanti in materia di assegnazione degli affari, ovvero in materia di modalità di formazione del carico stesso<sup>31</sup>.

Alcuni interventi in direzione dell'adozione di misure organizzative che comportino un maggiore aggravio nella distribuzione dei carichi di lavoro dei magistrati sono stati già realizzati: con una recente delibera, adottata il 22 maggio 2015, il Consiglio di Presidenza, preso atto della riduzione del periodo annua-

le di ferie dei magistrati amministrativi (disposta per effetto dell'art. 8 *bis* della legge n. 97/79, introdotto dall'art. 16, 2° co., d.l. n. 132/2014, conv. in legge n. 162/2014), ha elevato il numero massimo di udienze da 20 a 21 per i consiglieri di Stato assegnati alle sezioni giurisdizionali e per i magistrati TAR, mentre il numero massimo di adunanze per i consiglieri di Stato assegnati alle sezioni consultive è stato elevato da 30 a 31.

Non bisogna, tuttavia, fermarsi solo alle previsioni regolamentari. Se la soglia di produttività dei magistrati amministrativi corrispondesse esattamente a quella prefigurata dalle previsioni regolamentari più sopra richiamate, la condizione generale della giustizia amministrativa sarebbe davvero prossima a uno stato comatoso.

La verità è che in questo campo è prevalso – in sede attuativa – il buon senso, da intendere nell'accezione holbachiana, come «quella parte della capacità di giudizio che è sufficiente per conoscere le verità più semplici, per rifiutare le assurdità più manifeste, per rimanere colpiti da contraddizioni evidenti» (Thiry d'Holbach, 1985).

Come sopra anticipato, i numeri 'effettivi' della giustizia amministrativa sono ben diversi. Conviene muovere dall'analisi dei dati riguardanti i magistrati addetti ai Tribunali amministrativi regionali.

Una precisazione preliminare. La pianta organica attuale prevede un totale di 373 magistrati addetti ai Tribunali territoriali, oltre a 2 magistrati per la sede di Bolzano e a una ventina, all'incirca, di presidenti.

Al 31 dicembre 2014 la situazione effettiva risultava ben diversa: i magistrati addetti ai Tribunali regionali erano 291, oltre ai 2 magistrati della sede di Bolzano e a una ventina di presidenti. La situazione, peraltro, si prospetta critica in previsione dei pensionamenti che si produrranno a fine dicembre 2015. I nuovi referendari dei TAR, che saranno dichiarati vincitori all'esito della procedura di concorso che è in corso di svolgimento, difficilmente saranno immessi in servizio prima della fine dell'anno 2017.

Ma veniamo ai carichi di lavoro di ciascun magistrato. Il totale dei ricorsi pendenti dinanzi ai Tribunali amministrativi, sempre al 31 dicembre 2014, era pari a 266.635. Operando la ripartizione dei ricorsi per il numero dei magistrati in servizio presso i Tribunali amministrativi si ottiene la media del carico individuale pari a 718 ricorsi. Se invece la pianta organica fosse stata completa, il carico individuale sarebbe sceso a 531 ricorsi per ciascun magistrato.

Tra i vari uffici giudiziari si registrano, peraltro, sensibili differenze nella distribuzione dei carichi di lavoro. Ecco alcuni esempi. Dinanzi al TAR Lazio-Roma, alla data indicata, risultavano pendenti 70.580 ricorsi; considerato che i magistrati in servizio erano 55, il carico gravante su ciascuno era pari a 1.283 ricorsi. Al TAR Lombardia-Milano, nello stesso periodo, pendevano 9.258 ricorsi, che, distribuiti su 18 magistrati in servizio, comportavano un carico individuale pari

a 514 ricorsi. Al TAR Campania-Napoli pendevano, invece, 30.543, che, ripartiti tra i 42 magistrati in servizio, implicavano un carico individuale di 727. Al TAR Sicilia-Catania pendevano ben 49.662, che, distribuiti tra i 15 magistrati in servizio, comportavano un carico individuale di 3.311 ricorsi. Situazione meno gravosa, invece, per il TAR Abruzzo-Pescara che, con un numero complessivo di 429 ricorsi, distribuiti tra 4 magistrati, registrava un carico individuale di 107 ricorsi.

Molto interessante è l'analisi dei flussi riguardanti i carichi di lavoro gravanti sui singoli magistrati negli anni 2011-2015.

Nell'anno 2011, il carico di lavoro gravante su ciascun magistrato in servizio, volendo perseguire l'obiettivo di definire tutti i ricorsi depositati nel medesimo anno, è stato pari a 196 sentenze (se la pianta organica fosse stata completa la media sarebbe scesa a 147 sentenze). Rispetto a tale carico, la media produttiva di ciascun magistrato si è concretamente attestata, nel medesimo anno 2011, su 157 sentenze. Nell'anno 2012 il carico di lavoro gravante su ciascun magistrato in servizio – sempre a voler perseguire l'obiettivo di definire tutti i ricorsi depositati nell'anno – è stato pari a 173 sentenze (136 se la pianta organica fosse stata completa). Nella medesima frazione temporale la media produttiva di ciascun magistrato è stata pari a 145 sentenze. Nell'anno 2013 il carico gravante su ciascun magistrato è stato pari a 189 sentenze (sarebbero state 145 in caso di pianta organica completa). Se si analizzano le sentenze che i magistrati hanno prodotto, si ricava una media pro capite di 148 sentenze. Nell'anno 2014 il carico di lavoro di ciascun magistrato in servizio è stato pari a 216 sentenze (sarebbero state 169 in caso di pianta organica completa). La media produttiva di ciascun magistrato è stata invece pari a 174 sentenze. Sono in corso di elaborazione i dati relativi all'anno 2015, ma si può anticipare che la media produttiva di ciascun magistrato è stata pari a 174 sentenze.

È bene precisare che le valutazioni che stiamo riassumendo sono formulate in termini e con finalità statistici e, quindi, sono di ordine meramente 'quantitativo'; queste valutazioni attengono al 'numero' delle sentenze (non sono estese alle ordinanze cautelari), senza però considerare se queste siano state pronunciate all'esito di una complessa controversia riguardante gli appalti o siano state pronunciate in sede di ottemperanza, in attuazione delle previsioni della legge c.d. Pinto. Inoltre, i nostri riferimenti alle frazioni temporali annuali non tengono in considerazione se le sentenze pronunciate riguardino effettivamente ricorsi depositati nel medesimo anno di riferimento o ricorsi arretrati, depositati in anni precedenti.

L'analisi di questi flussi informativi è importante nella misura in cui ci fa comprendere come l'effettivo carico di lavoro si sia attestato, nei fatti, ben al di sopra delle soglie di produttività prefigurate dalla delibera del Consiglio di Presidenza del 18 gennaio 2013.

Tuttavia, accanto a questa notazione positiva sulla produttività media dei magistrati in servizio presso i Tribunali regionali, emerge un dato che giustifica alcuni seri motivi di preoccupazione. Le sentenze evase dai magistrati, in particolare negli anni 2011-2014, risultano, mediamente, ben inferiori rispetto al numero dei ricorsi depositati nello stesso periodo. In definitiva, la prospettiva di un incremento esponenziale dell'arretrato si delinea, per questa via, come molto concreta.

Eppure, il risultato generale è che i magistrati addetti ai Tribunali regionali sono riusciti, nel complesso, a definire i ricorsi depositati negli anni 2011-2014 senza accumulare alcun arretrato, anzi, riuscendo a incidere, per quanto in misura contenuta, anche su parte dei ricorsi arretrati.

La spiegazione di come questo risultato sia stato raggiunto è nei decreti di perenzione dei ricorsi, emessi ai sensi degli artt. 81 e 82 del codice del processo amministrativo. Se, infatti, proviamo a incrementare il numero delle sentenze per ciascun anno con il numero dei decreti di perenzione emessi nel periodo corrispondente, otteniamo numeri molto più elevati riguardanti la definizione dei processi.

Ad esempio, nell'anno 2011 i ricorsi definiti (anche con decreti decisori) sono stati, mediamente, 430 per ciascun magistrato (in luogo dei 157 definiti con sentenza). Nell'anno 2012 sono saliti a 486 (in luogo di 145 definiti con sentenza). Nell'anno 2013 sono scesi a 370 (in luogo di 148 definiti con sentenza). Nell'anno 2014 sono scesi a 343 (in luogo di 174 definiti con sentenza).

I decreti di perenzione, peraltro, non costituiscono la soluzione ottimale per porre rimedio all'aumento esponenziale dei ricorsi pendenti. Sono strumenti che rasentano la denegata giustizia, poiché poggiano sull'inattività delle parti prolungata per un anno o susseguente all'invito della cancelleria a presentare una nuova istanza di fissazione dell'udienza. L'analisi dei flussi riguardanti, specificamente, i decreti decisori lascia presagire, peraltro, come questo strumento deflattivo si riveli, via via, sempre meno efficace, superato il significativo impatto iniziale.

Passiamo al Consiglio di Stato, ove la nostra analisi sarà limitata al carico di lavoro gravante sulle sezioni giurisdizionali. Il totale dei ricorsi pendenti al 31 dicembre 2014 è stato pari a 25.026. Operando la ripartizione dei ricorsi per il numero dei magistrati in servizio presso le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato si ottiene la media del carico individuale, pari a 463 (computando 54 consiglieri di stato e 13 presidenti). Se invece la pianta organica fosse stata completa, il carico individuale sarebbe sceso a 417 ricorsi per ciascun magistrato (computando 60 consiglieri di stato e 12 presidenti).

Veniamo all'analisi dei dati con attenzione al carico gravante su ciascun magistrato addetto al Consiglio di Stato negli anni 2011-2014.

Nell'anno 2011, i ricorsi in appello definiti sono stati pari a 12.616, con un rapporto tra ricorsi definiti/magistrati in servizio pari a 263. Nell'anno 2012, i ricorsi in appello definiti sono stati 11.562, con un rapporto tra ricorsi definiti/magistrati in servizio pari a 214. Nell'anno 2013, il totale dei ricorsi in appello definiti è stato pari a 10.183, con un rapporto pari a 189. Nell'anno 2014 il totale dei ricorsi definiti è stato 10.309, con un rapporto pari a 187.

Va precisato che i numeri appena richiamati ricomprendono, nel novero dei provvedimenti gravanti su ciascun magistrato, non solo le sentenze (anche brevi), ma anche i decreti decisorii e le ordinanze cautelari. Ovviamente, occorre considerare che il fascicolo di causa sottoposto all'attenzione del giudice di appello è, ordinariamente, più complesso e copioso rispetto al fascicolo di causa sottoposto all'attenzione del giudice di prima istanza.

Qualche considerazione riassuntiva. I dati sopra richiamati attestano, innanzitutto, come i 'numeri' della giustizia amministrativa siano, in generale, ben cospicui rispetto alle risorse umane disponibili. Più specificamente, i dati appena analizzati rivelano come le soglie di produttività dei singoli magistrati siano, nel complesso, di buon livello. È anche questa la ragione per cui non può certo pensarsi che la panacea per una maggiore efficienza del servizio giurisdizionale amministrativo possa essere affidata, meccanicamente, alla fissazione più in alto dell'asticella del carico di lavoro gravante su ciascun magistrato. Come già anticipato, la delibera del Consiglio di Presidenza del 18 gennaio 2013, contenente i criteri per la determinazione dei carichi di lavoro, va senz'altro rivista, anche al fine di colmare lo iato tra i dati registrati e le previsioni regolamentari, in modo da consentire maggiore aderenza di queste ultime all'effettivo carico di lavoro gravante e mediante evaso dagli uffici giudiziari e dai singoli magistrati. Ma l'opinione di chi scrive è che l'impianto di questa delibera non meriti di essere stravolto, considerato che le indicazioni in essa contenute possono costituire un buon punto di partenza per incentivare la fissazione, in termini chiari e trasparenti, di soglie di produttività dei singoli magistrati adeguatamente elevate, che si mantengano, tuttavia, ragionevolmente sostenibili e che non compromettano il bene, parimenti apprezzabile, della elevata qualità del servizio giurisdizionale.

### *5.2 Su varie altre misure e iniziative organizzative*

Il completamento delle piante organiche, sia per quel che riguarda i magistrati addetti agli uffici giurisdizionali (TAR e Consiglio di Stato), sia per quel che riguarda il personale amministrativo, potrebbe offrire un prezioso apporto in direzione dell'obiettivo di maggiore efficienza del servizio giurisdizionale.

I dati sopra analizzati offrono, direi icasticamente, la testimonianza di come il carico di lavoro e, conseguentemente, la soglia di produttività dei magistrati

amministrativi possa sensibilmente migliorare ove il numero dei magistrati addetti al servizio giurisdizionale fosse pienamente corrispondente alle previsioni di cui alla pianta organica. Il compito del Consiglio di Presidenza è di attivarsi al fine di consentire un celere completamento delle procedure già in corso in relazione ai bandi per posti da referendario TAR e per consigliere di Stato. L'attuale Consiglio di Presidenza, peraltro, sta già lavorando per consentire lo svolgimento del nuovo concorso per posti di referendario TAR.

Il medesimo ragionamento vale anche per il personale addetto agli uffici di cancelleria. Nel sistema attuale, gli uffici di cancelleria sono in condizione di offrire un contributo determinante ai fini del miglioramento delle soglie di efficienza della giustizia amministrativa. Basti considerare che, nei fatti, spetta agli addetti alle cancellerie impegnarsi, sotto l'incitamento dei responsabili degli uffici giudiziari, a recuperare negli archivi i fascicoli dei processi più datati, al fine di sollecitare le parti ponendo ad esse l'alternativa tra la riattivazione del processo o la perenzione dello stesso. Analizzando i dati sopra riassunti, abbiamo tratto chiara conferma del fatto che, nello stato attuale, una significativa incidenza per lo smaltimento dei ricorsi arretrati è attribuibile al sistema di perenzione dei processi di cui agli artt. 81 e 82 del cod. proc. amm. Rimane insuperato, tuttavia, almeno per chi scrive, il dubbio sul fatto che questa via, della perenzione del processo, sia la soluzione migliore per giungere a definire le controversie pendenti.

Un contributo fondamentale al potenziamento dell'efficienza e della funzionalità dell'intero sistema della giustizia amministrativa può derivare dall'attuazione del processo amministrativo telematico.

Sul punto, appare opportuno richiamare il parere reso dall'organo di autogoverno nella seduta del 25 settembre 2015, nel quale è stato evidenziato come la riuscita dell'introduzione del processo amministrativo telematico è strettamente legata alla formazione del personale amministrativo e magistratuale, così come all'adeguatezza della dotazione informatica, essendo «ineludibile una fase di "sperimentazione" del sistema operativo (e dell'utilizzo della firma digitale) che consenta una verifica preventiva della tenuta e dell'operatività del sistema». Tale fase «non può essere inferiore a sei mesi e potrebbe essere circoscritta all'ambito di alcune sedi di primo grado e di appello, a tal fine specificamente individuate». È stato, inoltre, ritenuto che «l'introduzione del processo telematico dovrebbe essere accompagnata dalla previsione del deposito a cura degli avvocati e degli ausiliari ed esperti del giudice, delle c.d. "copie di cortesia cartacee" sebbene in numero minore di quanto previsto sino ad oggi».

In considerazione della fondamentale importanza di questo passaggio per l'efficienza e la funzionalità della giustizia amministrativa, è stato istituito presso il Consiglio di Presidenza un comitato tecnico, composto da membri dell'or-

gano di autogoverno, che sta lavorando, in piena collaborazione e sintonia con i rappresentanti del Segretariato generale e dell'Ufficio informatica, alla fase di attuazione del processo amministrativo telematico, nella piena consapevolezza che la svolta epocale sarà possibile solo con la collaborazione e la condivisione di tutte le parti coinvolte, all'interno ed all'esterno della giustizia amministrativa.

Con l'entrata a regime del processo telematico e con il pieno utilizzo della piattaforma digitale si potranno pianificare più efficacemente gli interventi riguardanti i fascicoli di più remota iscrizione. Attualmente, lo 'stato del fascicolo' di alcuni ricorsi pur pronti per essere definiti in rito non risulta correttamente segnalato dal sistema. Attraverso gli strumenti info-telematici i responsabili degli uffici giudiziari, coadiuvati dal personale amministrativo, potranno avere una rappresentazione più puntuale e aggiornata delle cause pendenti e del loro stato, in modo da programmare interventi più mirati per lo smaltimento dell'arretrato.

Un'ulteriore misura che merita di essere valorizzata nella prospettiva di una maggiore efficienza del sistema della giustizia amministrativa, è l'incentivazione del ricorso alle pronunce di merito in forma abbreviata, prevista dall'attuale codice e, già in precedenza, dalla legge n. 205/2000. I giudici amministrativi, nell'ultimo triennio, dimostrano di prediligere sempre più la redazione della sentenza in forma breve. Già nel 2013 il venti per cento delle sentenze di primo grado è stato redatto attraverso questa modalità abbreviata. Questa percentuale è stata successivamente incrementata ed è destinata ad esserlo sempre più.

Un'ulteriore misura organizzativa che incide sull'arretrato è costituita, infine, dai piani straordinari di smaltimento dell'arretrato, previsti dall'art. 16 delle norme di attuazione del codice del processo amministrativo di cui all'allegato 2 del d.lgs. n. 104/2010, secondo cui «Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri d'intesa con il Ministro dell'economia e delle finanze, su proposta del presidente del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, previa delibera dello stesso Consiglio, sono adottate, nei limiti dei fondi disponibili nel relativo bilancio ed effettivamente non utilizzati, misure straordinarie per la riduzione dell'arretrato e per l'incentivazione della produttività».

Questi piani sono stati già ripetutamente attuati, anche nel corso della presente consiliatura, e ancora potranno essere realizzati negli anni a venire. Sono misure, tuttavia, *extra-ordinem*, che possono essere attivate nei limiti delle risorse finanziarie di volta in volta messe a disposizione.

## 6. Una notazione finale

Vi sono senz'altro misure e interventi che possono migliorare, anche sensibilmente, l'efficienza e la funzionalità del sistema della giustizia amministrativa. Alcuni di questi interventi rientrano nel perimetro di quelle che sono le at-

tribuzioni e le prerogative dell'organo di autogoverno e, anzi, vanno ricompresi nell'ambito delle 'finalità istituzionali' che tale organo è chiamato a perseguire. Molti altri interventi esulano dalla sfera delle competenze del Consiglio di Presidenza e chiamano direttamente in causa i compiti e le responsabilità del potere politico.

La realtà è che non si può pensare che le riforme sull'efficienza si possano fare a costo zero o, più semplicemente, gravando di maggiori carichi i magistrati e il personale amministrativo e di segreteria. Allo Stato, ove pure fosse possibile giungere a incrementare la produttività dei giudici preservando la qualità del loro lavoro, i risultati che ne deriverebbero non sarebbero corrispondenti alle attese e, anzi, sarebbero sicuramente deludenti. La scarsa adeguatezza dell'organico amministrativo e di segreteria, a tacer d'altro, renderebbe senz'altro controproducente l'incremento complessivo della produttività dei magistrati.

Neppure può apprezzarsi la recente tendenza legislativa che mira a trasferire quanto più possibile sui privati o comunque sulle parti litiganti gli oneri economici connessi al corretto ed efficiente funzionamento della macchina della giustizia amministrativa. Questa tendenza offre conferma della riottosità del potere politico a cimentarsi in investimenti più cospicui e ben mirati nel settore giustizia e dischiude a opzioni di politica del diritto particolarmente insidiose, che prefigurano la disponibilità a sacrificare le garanzie giurisdizionali in ragione del perseguimento di obiettivi di efficienza economica (Caponi, 2015; Torchia, 2014; Pajno, 2014).

In verità, il 'sistema giustizia' si dibatte in oggettive difficoltà. Alcune di queste possono senz'altro essere superate con adeguate misure e accorti espedienti. Ma è difficile oltrepassare determinate soglie di miglioramento senza l'impiego di adeguate risorse economiche. Il potere politico non sembra tenere da conto questa impreteribile verità.

«Se si tratta di risolvere sul serio il problema della magistratura, che è *per nove decimi una questione economica*, anche ai nostri uomini migliori manca la risolutezza». Sono parole pronunciate da Francesco Carnelutti quasi novant'anni or sono (Carnelutti, 1937: 170). Suonano attuali ancor oggi. E questo offre qualche motivo di meditazione.

## Note

- <sup>1</sup> L'autore è stato designato dalla Camera dei Deputati, nell'autunno 2013, a far parte del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, organo di cui è attualmente vice-presidente.
- <sup>2</sup> Sulla presenza di membri non togati in seno al Consiglio Superiore della Magistratura la discussione, sin dai lavori costituenti, fu vivace; la svolta favorevole si ebbe in coincidenza con l'increscioso episodio di cui fu protagonista il procuratore generale Massimo Pilotti, di chiare simpatie monarchiche, il quale, nel gennaio 1947, nel corso della prima solenne cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario, tacque qualsivoglia riferimento al nuovo ordinamento repubblicano, nonostante la presenza del capo provvisorio Enrico De Nicola e delle autorità di governo: Pilotti, 1947: 1 ss.; sull'episodio cfr. Picardi, 1996: 1257; Meniconi, 2012: 271 sgg. e 280 sgg., che ricorda anche l'altra ragione, meno contingente, che indusse i costituenti a prevedere la presenza della componente laica nel CSM: il conformismo della magistratura con il regime fascista.
- <sup>3</sup> Per quel che specificamente riguarda il Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa, nelle previsioni originarie non era contemplata una componente laica, tant'è che venne sollevata, sul punto, una questione di legittimità costituzionale, respinta dal Giudice delle leggi con ordinanza di inammissibilità del 20 novembre 1998, n. 377 (in *Foro it.*, 1999, I: 39; un cenno al dibattito sviluppato in passato sulla compatibilità costituzionale delle norme che contemplavano l'originaria composizione dell'organo in Figorilli, 2014). L'introduzione della componente non togata risale alla previsione contenuta nell'art. 18 della riforma realizzata con la legge n. 205/2000, che ha disposto che i membri laici siano eletti (due dal Senato e due dalla Camera dei Deputati) tra i professori ordinari in materie giuridiche o avvocati con iscrizione all'albo da oltre venti anni.
- <sup>4</sup> Il codice etico approvato con decreto n. 76 del luglio 2010 del Presidente del Consiglio di Stato «raccomanda» ai componenti del Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa l'esercizio delle proprie funzioni con «spirito di autonomia e indipendenza nonché con rigore morale ed imparzialità».
- <sup>5</sup> Le attribuzioni del Consiglio di Presidenza sono indicate all'art. 13 della legge 27.4.1982, n. 186, successivamente integrato dall'art. 19 della legge 21.7.2000, n. 205. La ricognizione dei compiti del Consiglio è poi affidata all'art. 9 del regolamento interno per il funzionamento del Consiglio stesso, approvato il 6 febbraio 2004.
- <sup>6</sup> Nell'ambito della magistratura ordinaria, i consigli giudiziari, articolati su base territoriale e disciplinati dal d.lgs. 27.1.2006, n. 25, svolgono attività consultive e istruttorie a favore del CSM, con carattere ausiliario rispetto a quest'ultimo e in posizione di subordinazione funzionale.
- <sup>7</sup> Una questione che ha originato una profonda frattura tra le varie componenti della magistratura amministrativa riguarda il mancato riconoscimento – ai fini della progressione di carriera e, segnatamente, del passaggio dai TAR nei ruoli del Consiglio di Stato – degli anni di servizio prestati presso gli uffici giudiziari di primo grado. Altra questione specularmente spinosa è quella del riconoscimento dell'anzianità di servizio a coloro che, avendo prestato servizio presso il Consiglio di Stato, aspirino ad assumere un incarico direttivo presso gli uffici giudiziari territoriali. Il sistema attuale mal si concilia con il principio del ruolo unico del magistrato amministrativo, pur nella differenziazione delle funzioni. A dispetto della valutazione effettuata dal Giudice delle leggi – che con la sentenza n. 273/2011 ha riconosciuto la legittimità costituzionale dell'art. 23, 5° co., della legge n. 186/1982, che ha limitato esclusivamente ai primi referendari e referendari TAR in servizio alla data del 12 maggio 1982 la conservazione, nella misura di cinque anni, dell'anzianità maturata in primo grado in vista dei ruoli del Consiglio di Stato – l'attuale regolamentazione della progressione delle carriere non propone un quadro di disciplina pienamente coerente e razionale. La Corte costituzionale ha giustificato il regime attuale

in ragione delle funzioni consultive attribuite in esclusiva al Consiglio di Stato («organo di consulenza giuridico-amministrativa» ai sensi dell'art. 100, 1° co., Cost.). Queste ultime funzioni, soprattutto negli ultimi anni, appaiono in fase di rilancio, con riduzione dell'attività di consulenza obbligatoria su contratti e singoli provvedimenti dell'amministrazione, e contestuale rafforzamento della partecipazione del Consiglio di Stato alle riforme in corso, alla semplificazione e alla codificazione di interi settori di regolamentazione e contestuale incremento del suo intervento in funzione preventiva dei contenziosi attraverso l'istituto del 'quesito' (per questi aspetti cfr. la relazione programmatica del neo-nominato presidente del Consiglio di Stato, Alessandro Pajno: Pajno, 2016: § 8). Senza voler sminuire queste peculiari funzioni, può tuttavia dubitarsi che esse valgano a ottundere il principio di unitarietà dell'esercizio della giurisdizione. E, infatti, da un lato, va tenuto in considerazione il processo di progressiva 'giurisdizionalizzazione' dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica, che pure assorbono una buona parte delle attività delle sezioni consultive del Consiglio di Stato; dall'altro lato, diventa irragionevole operare discriminazioni a scapito dei magistrati TAR sul presupposto di una loro scarsa confidenza con le funzioni consultive, considerato che essi sono comunque giuristi ben qualificati, per questo legittimati ad espletare attività consultive con competenza – deve ritenersi – non minore rispetto ai componenti del Consiglio di Stato di nomina governativa, i quali ultimi non sempre (lo affermiamo alla luce di un'esperienza ormai pluriennale) hanno potuto vantare, sul piano curriculare, attitudini e titoli specifici per lo svolgimento di tali funzioni.

<sup>8</sup> L'assoggettamento degli atti amministrativi del CSM al controllo giurisdizionale del giudice amministrativo ha superato anche il vaglio di costituzionalità: Corte cost. sent. n. 44/1968, n. 189/1992 e n. 419/1995 (quest'ultima ha affermato la sindacabilità anche in sede di ottemperanza).

<sup>9</sup> Da segnalare, sul punto, il decreto di riparto delle competenze tra le sezioni del Consiglio di Stato adottato per l'anno 2016, dal presidente Pajno, subito dopo il suo insediamento, che valorizza, in luogo del tradizionale criterio soggettivo (tipologia dell'amministrazione), un innovativo criterio oggettivo (organicità della materia).

<sup>10</sup> L'art. 3, 1° co., del regolamento interno per il funzionamento del Consiglio di Presidenza dispone: «[...] i componenti del Consiglio di Presidenza non possono essere autorizzati, dal medesimo Consiglio, ad assumere gli incarichi di segretario generale, capo dipartimento, capo di gabinetto e capo ufficio legislativo presso gli organi, gli enti e le istituzioni previsti dall'articolo 3, comma 3, lettere a), b) e c) del decreto del Presidente della Repubblica 6 ottobre 1993, n. 418». Il codice etico più sopra richiamato contempla l'impegno di ciascun componente a non assumere, durante il suo mandato, incarichi: che possano comportare un pregiudizio per le sue attività in seno al Consiglio di Presidenza; che possano determinare condizionamenti in relazione all'organo che li conferisce; come magistrati addetti al Consiglio di Presidenza, al Segretariato generale o agli Uffici centrali della giustizia amministrativa (art. 5, codice etico cit.).

<sup>11</sup> Anche per questa ragione quasi tutti gli ordinamenti europei accordano, nei consigli di giustizia, la prevalenza numerica alla componente togata. Significative eccezioni sono però previste, ad esempio, in Francia e in Portogallo: Volpi 2009: 19 sgg.

<sup>12</sup> È molto vivo, soprattutto a livello internazionale, il dibattito sui modelli di *governance* anche nel settore pubblico e sulle specifiche forme di *accountability* che impongono: piena trasparenza dell'operato dei *decision-makers*, obblighi costanti di informazione nei confronti dei soggetti investiti del controllo, soggezione alle richieste di giustificazione del proprio operato, meccanismi sanzionatori e così via. L'orizzonte della discussione si è notevolmente ampliato ed è per questo che nel testo abbiamo evocato il concetto di *accountability*, che si è riscattato dalla sua più ristretta accezione che lo limitava a una mera rendicontazione contabile. Peraltro, va rimarcato che il Consiglio di Presidenza ha poteri ben più ampi, in materia 'contabile', dell'omologo Consiglio Superiore della Magistratura, in quanto approva

- il bilancio di previsione e il conto consuntivo della giustizia amministrativa. Sul dibattito in tema di *accountability* cfr., in luogo di molti: Mulgan, 2000; Sinclair, 1995; Schedler, 1999.
- <sup>13</sup> Ai sensi dell'art. 21 della legge n. 186/1982, i consiglieri di Stato e i consiglieri TAR conseguono le nomine nelle qualifiche di presidente di sezione del Consiglio di Stato e di presidente TAR «nei limiti dei posti disponibili, previo giudizio di idoneità espresso dal consiglio di presidenza sulla base di criteri predeterminati che tengano conto in ogni caso dell'attitudine all'ufficio direttivo e dell'anzianità di servizio». Quanto al quadro normativo secondario, occorre fare riferimento all'art. 29 del *Regolamento interno per il funzionamento del Consiglio di Presidenza*, approvato con decreto 6 febbraio 2004, secondo cui «Con propria deliberazione, il Consiglio di Presidenza fissa criteri oggettivi e predeterminati per la valutazione sull'idoneità dei magistrati allo svolgimento di funzioni direttive, tenendo conto in ogni caso dell'attitudine all'ufficio direttivo e dell'anzianità di servizio». Il Consiglio di Presidenza ha esercitato queste prerogative con la delibera del 22 ottobre 2010, il cui art. 1, 2° comma, ha introdotto il seguente criterio: «Il giudizio di idoneità è compiuto per merito assoluto secondo l'ordine di ruolo, in base ai criteri previsti dall'articolo 3»; quest'ultimo articolo, al primo comma, così declina le modalità di scrutinio, per merito assoluto: «È nominato il magistrato in possesso della maggiore anzianità computabile secondo la normativa vigente, una volta verificata la sua attitudine all'ufficio direttivo da assegnare, fatto salvo quanto previsto dall'art. 8»; il secondo comma dell'art. 3 specifica meglio le modalità per effettuare il giudizio attitudinale.
- <sup>14</sup> Conviene essere cauti rispetto alle concezioni che propugnano un'impostazione esclusivamente *manageriale* in vista della direzione degli uffici giudiziari. Non v'è dubbio che, in capo ai responsabili degli uffici giudiziari, siano richieste anche adeguate capacità organizzative, indispensabili per impostare efficacemente il coordinamento delle attività degli uffici. Ma non bisogna ottundere che, in base all'attuale assetto organizzativo e funzionale degli uffici della giustizia amministrativa, ai responsabili degli uffici è primariamente richiesto di essere 'buoni' magistrati, essendo i medesimi responsabili pienamente partecipi delle attività giurisdizionali. Un'iniziativa che, sotto questo rispetto, può apportare grandi benefici di sistema, è quella di incrementare il numero degli incontri di formazione organizzati dall'Ufficio Studi, Massimario e Formazione della giustizia amministrativa, riservati ai magistrati investiti di funzioni direttive e semi-direttive e finalizzati a migliorare le loro capacità di direzione degli uffici, stimolandoli, attraverso il confronto tra le varie esperienze, ad adottare misure organizzative e criteri di funzionamento che rispondano alle *best practices* del settore.
- <sup>15</sup> La delibera approvata dal Consiglio di Presidenza in data 15 gennaio 2016, all'art. 1, 1° co., prevede che integra illecito disciplinare, ai sensi dell'art. 18 del r.d.lgs. n. 511/1946, il «reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni». Il secondo comma prevede una presunzione di ritardo non grave (salvo diversamente dimostrato) nel caso in cui esso non ecceda il triplo dei termini previsti dalla legge per il compimento dell'atto. Ma è soprattutto la previsione di cui al terzo comma del medesimo art. 1 che andrebbe riformulata in termini di maggiore rigore, atteso che introduce un ventaglio davvero ampio di fattispecie giustificative: i «ritardi gravi possono comunque essere giustificati, tenendo conto anche del loro numero e della loro entità, qualora: a) il carico del lavoro attribuito al magistrato sia stato superiore ai limiti stabiliti dal Consiglio di Presidenza; b) il magistrato abbia svolto funzioni presidenziali senza aver fruito di proporzionali compensazioni nei carichi di lavoro; c) si siano verificate condizioni personali o familiari di particolare disagio, ove queste siano specificamente motivate; d) il magistrato abbia goduto di cause esonerative dagli obblighi di servizio per motivi di salute; e) risulti documentato il verificarsi di circostanze eccezionali, comunque tali da aver impedito al magistrato l'ordinario svolgimento del proprio lavoro».
- <sup>16</sup> Ad avviso di Irti, 2014, il progressivo esilio della certezza del diritto dall'ambito degli ordinamenti contemporeanei è da ricondurre al declino della legge e del procedimento interpretativo fondato sulla fattispecie, vale a dire sulla *tipizzazione semplificatrice* che permette alla norma

di non consumarsi in un singolo giudizio applicativo, ma di prendere in sé un numero indefinito di eventi, riconducendoli entro date fattispecie e provvedendoli di precisa *nomina iuris* (Irti, 2014: 39); alla legge si affiancano e si sovrappongono i valori, e mentre le norme «si appagano della “validità”, del loro essere emanate secondo le procedure proprio dell’elemento dell’ordinamento considerato, i valori valgono in sé e per sé, non hanno bisogno di altre norme o di tramiti, ma si appoggiano soltanto su se stessi» (Irti, 2014: 42).

<sup>17</sup> Nell’ambito della giustizia amministrativa molto spesso si è inclini ad apprezzare il servizio giurisdizionale non tanto in funzione della effettività di tutela delle posizioni soggettive, quanto piuttosto, in una prospettiva marcatamente economicistica, in funzione della maggiore o minore certezza che ne deriva alle iniziative economiche o in funzione della maggiore o minore efficienza che ne deriva all’amministrazione (ma su questo aspetto v. *infra*).

<sup>18</sup> Per Luciani, 2014: 5, per quanto efficienza ed effettività subiscano processi di sovrapposizione e di confusione, «l’efficienza (della macchina) è *condicio sine qua non* (sebbene non anche *condicio per quam*) dell’effettività (della tutela)» (v. pure Luciani, 2014: 51).

<sup>19</sup> Sulla progressiva rilevanza assunta, nell’ambito di un ordinamento pluralista, dalla tecnica interpretativa del bilanciamento degli interessi, cfr. tra gli altri: Zagrebelsky 1992: 31 sgg.; Bin, 1992: spec. 60 sgg.; Pino, 2008: spec. 85 sgg.; Morrone, 2008; sul bilanciamento dei principi, in opposizione alla tradizionale alternativa applicazione/disapplicazione riguardante le regole, cfr. le ormai classiche pagine di Dworkin, 1982: 24 sgg. e 71 sg.; osserva Alexy, 2012: 110 sgg., che mentre i conflitti tra le regole attengono al piano della validità, le collisioni tra principi hanno luogo nella ‘dimensione del peso’. Non può tacersi, peraltro, il rilievo assunto dal principio di proporzionalità, su cui cfr., *ex multis*: Cognetti, 2011; Merusi, 2012: 63 sgg.

<sup>20</sup> Il principio del buon andamento di cui all’art. 97 Cost. è stato riconosciuto dal Giudice delle leggi come riferibile non solo alla funzione amministrativa ma anche, specificamente, alla funzione giurisdizionale; cfr. Corte cost., sentenza n. 86/1982, secondo cui per quanto la magistratura sia «un “ordine” ben differenziato dagli altri poteri ed apparati pubblici [...] sarebbe paradossale voler esentare l’organizzazione degli uffici giudiziari da ogni esigenza di buon andamento». In senso conforme Corte cost. nn. 18/1989 e 376/1993. Con la pronuncia n. 171/2015 il Giudice delle leggi ha esplicitamente attribuito all’amministrazione della giustizia il rilievo di «servizio pubblico essenziale». Va ricordato, inoltre, che il principio costituzionale sotteso al ‘buon andamento’ è stato declinato, ancora dalla giurisprudenza costituzionale, di volta in volta, in termini di necessità di determinare un necessario compito per ogni ufficio (Corte cost. n. 14/1962, n. 123/1968 e n. 325/2011), necessità di delimitare le piante organiche con criteri di aderenza alle attività da svolgere e alle connesse qualifiche funzionali (Corte cost. nn. 313 e 314/1991, nn. 527 e 528/1995, n. 362/1996, n. 7/2011), di divieto di assumere o comunque di favorire il soprannumero (Corte cost. n. 86/1982, n. 250/1993, n. 75/2000).

<sup>21</sup> Corte Cost., sentenza n. 177/1973.

<sup>22</sup> Che l’art. 9, comma 5 *bis* del d.lgs. n. 303/1999, in materia di collocamento fuori ruolo del personale della Presidenza del Consiglio dei Ministri, abbia funzione derogatoria, è dimostrato dalle medesime espressioni linguistiche adoperate dal legislatore. In questo comma il testo legislativo per due volte utilizza il lessema ‘deroga’ («Il collocamento fuori ruolo [...] è obbligatorio e viene disposto [...] anche in deroga ai limiti temporali numerici e di ogni altra natura eventualmente previsti dai medesimi ordinamenti» [...]) In deroga a quanto previsto dai rispettivi ordinamenti [...]). Il passaggio che introduce la forza derogatrice del principio è particolarmente esplicito: «[...] il conferimento al personale [...] di qualifiche, gradi superiori o posizioni comunque diverse, da parte delle competenti amministrazioni, anche quando comportino l’attribuzione di specifici incarichi direttivi, dirigenziali o valutazioni di idoneità, non richiede l’effettivo esercizio delle relative funzioni [...]» (art. 9, comma 5 *bis*, cit.). Molto chiara è anche la norma di chiusura, che dispone il collocamento in posizione

«soprannumeraria» del personale beneficiario della corrispondente attribuzione. In definitiva: il citato art. 9, comma 5 *bis*, attribuisce, a tutti gli effetti, un 'privilegio', nel senso proprio di questo termine, ed è formulato in termini – ad un tempo – così perspicui e ridondanti, da rimarcare puntualmente la natura 'privilegiata' della relativa attribuzione.

<sup>23</sup> Un'ultima considerazione. Non induce a prediligere una conclusione diversa rispetto a quella articolata nel testo la previsione contenuta nell'art. 13 del d.l. 12 giugno 2001, n. 217. Il primo comma del citato art. 13 dispone: «Gli incarichi di diretta collaborazione con il Presidente del Consiglio dei Ministri e con il Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Segretario del Consiglio dei Ministri o con i singoli Ministri, anche senza portafoglio, possono essere attribuiti anche a dipendenti di ogni ordine, grado e qualifica delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel rispetto dell'autonomia statutaria degli enti territoriali e di quelli dotati di autonomia funzionale. In tal caso essi, su richiesta degli organi interessati, sono collocati, con il loro consenso, in posizione di fuori ruolo o di aspettativa retribuita, per l'intera durata dell'incarico, anche in deroga ai limiti di carattere temporale previsti dai rispettivi ordinamenti di appartenenza e in ogni caso non oltre il limite di cinque anni consecutivi, senza oneri a carico degli enti di appartenenza qualora non si tratti di amministrazioni dello Stato». Il secondo comma del medesimo articolo introduce una norma di chiaro *favor* per il fuori ruolo, disponendo l'incremento fino al 30% degli attuali contingenti numerici previsti dai rispettivi ordinamenti di appartenenza. Al terzo comma è posta, infine, una clausola di 'salvaguardia' a beneficio degli ordinamenti di appartenenza, ai quali è offerta la facoltà di opporre « motivate e specifiche ragioni ostative » all'accoglimento del fuori ruolo. È evidente come le previsioni di cui al citato art. 13 siano completamente superate dalle previsioni sul fuori ruolo contenute nei commi 66 e 68 dell'art. 1 della legge Severino. Queste ultime norme hanno introdotto – lo abbiamo esaminato nel testo – una disciplina sul fuori ruolo di coloro che rivestono incarichi apicali e semi-apicali nelle istituzioni e negli enti pubblici di segno completamente diverso rispetto alla disciplina delineata dall'art. 13. Mentre l'art. 13 subordina il fuori ruolo al consenso dell'interessato, le norme della legge Severino 'impongono' il fuori ruolo come conseguenza obbligatoria, a prescindere dalla volontà dell'interessato. Anche sul piano dei limiti temporali le norme contenute nella legge Severino introducono previsioni completamente diverse, che superano le vecchie previsioni: il fuori ruolo, ai sensi del comma 68 dell'art. 1, non può superare i dieci anni, anche continuativi, mentre invece l'art. 13, 1° co., prevede[va] il limite temporale dei cinque anni consecutivi. Anche il terzo comma dell'art. 13 va apprezzato in termini completamente diversi alla luce delle norme contenute nella legge Severino. L'attribuzione all'amministrazione di appartenenza della facoltà di rifiutare il fuori ruolo sulla base di motivate e specifiche ragioni aveva un preciso significato in un contesto normativo che consentiva la coesistenza, nella stessa persona, delle funzioni di istituto e dell'incarico extra-istituzionale. Quella facoltà, oggi, ha perso rilievo nella misura in cui il fuori ruolo è diventato obbligatorio. Le ragioni ostative opposte dall'amministrazione di appartenenza non possono che riverberarsi in termini di rifiuto all'autorizzazione al conferimento dell'incarico extra-istituzionale.

<sup>24</sup> Interrogandosi sulla impostazione più proficua per pervenire a una relazione corretta e costante tra giustizia ed economia, Pajno conclude che la giustizia va comunque configurata come un «servizio pubblico; come tutti i servizi, organizzabile, valutabile e misurabile» (Pajno, 2014: 59).

<sup>25</sup> È noto che un accreditato indirizzo dottrinale che fa capo alla scuola fiorentina di diritto amministrativo avversa l'autonomia concettuale della categoria dell'interesse legittimo rispetto alla categoria del diritto soggettivo (alcune intuizioni in questo senso già in Capaccioli, 1978), giungendo a esprimere forti critiche nei confronti della tradizionale inclinazione della giurisprudenza amministrativa ad assumere la conformità all'interesse pubblico quale parametro di legittimità dell'atto: Orsi Battaglini 2005: spec. 153 sgg.; Ferrara, 2003: 92 sgg. e 2006;

Marzuoli, 2006 e 2009; Cudia, 2008: *passim* (è soprattutto quest'autrice ad avere offerto una ricostruzione che assume come incompatibile con i principi costituzionali la tradizionale sistematica dell'eccesso di potere, in quanto viziata dall'aver assunto la conformità all'interesse pubblico a parametro di legittimità dell'atto); più di recente, cfr. anche i contributi confluiti nel volume Travi, 2014 (con saggi, tra gli altri, di Travi, Nicolussi, Ferrara, Trimarchi Banfi, Cudia, Sigismondi, Romano). Ha aderito a questo indirizzo anche Proto Pisani, 2009; in senso contrario, riassuntivamente: Scoca, 2011. Alcune note critiche mosse ai contributi ricostruttivi riconducibili alla scuola fiorentina invocano il rischio di oscurare, per questa via, il principio di legalità (Merusi, 2011: 749) o il rischio di trascurare il carattere più penetrante del sindacato giurisdizionale sugli atti del potere pubblico storicamente operato dal giudice amministrativo (Mazzamuto, 2010; Libertini, 2011: 375 n. 46; v. pure le considerazioni critiche di Villata, 2012).

<sup>26</sup> Cfr., ad esempio, la nota sentenza Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204.

<sup>27</sup> Cfr. anche Corte cost. 22 ottobre 1999, n. 388.

<sup>28</sup> Nel corso dell'anno 2013, sono state promosse istanze cautelari per oltre il 70% dei ricorsi esperiti in primo grado e per oltre il 30% dei appelli promossi dinanzi al Consiglio di Stato.

<sup>29</sup> La disciplina processuale degli appalti pubblici, in particolare, costituisce ormai un banco di prova privilegiato nella realizzazione della pienezza ed effettività di tutela, nel quadro di attuazione dei valori comunitari e, segnatamente, del principio di concorrenza. Sul punto molto aperto è il dibattito sulla natura, oggettiva o soggettiva, del relativo contenzioso. Cfr., in tema, le riflessioni di Romano Tassone, 2013.

<sup>30</sup> Luciani, 2014: 50 sospetta di legittimità costituzionale – per contrasto con gli artt. 3, 24 e 97 Cost. – il regime attuale nel quale i costi si moltiplicano sino a sfiorare importi molto elevati per alcune controversie, che dovrebbero, nella valutazione legislativa, coinvolgere solo soggetti economicamente forti. Cfr. pure Volpe 2012.

<sup>31</sup> Il ricorso è stato respinto, in primo grado, con sentenza del TAR Lazio n. 11511/2014 e, in secondo grado, con sentenza del Consiglio di Stato, IV sez., 1 settembre 2015, n. 4098.

*Riferimenti bibliografici*

- Albamonte E., Filippi P. (a cura di) 2009, *Ordinamento giudiziario. Leggi, regolamenti e procedimenti*, Utet, Torino.
- Alexy R. 2012, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it. L. Di Carlo, il Mulino Bologna.
- Balboni E. 2011, *Qualche idea, antica e nuova, a favore dell'unicità della giurisdizione*, in *Quad. Cost.*: 648 sgg.
- Bartole S. 1998, *Alternative Models of Judicial Independence. Organizing the Judiciary in Central and Eastern Europe*, in *East European Constitutional Review*, VII (1): 3 sgg.
- Biavati P., Cavallini D., Orlandi R. 2016, *Aspetti della giustizia civile e penale in Italia*, il Mulino, Bologna.
- Bin R. 1992, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- 2014, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva "quantistica"*, FrancoAngeli, Milano.
- Calabrò M. 2012, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino.
- Calamo Specchia M., Carli M., Di Plinio G., Toniatti R. (a cura di) 2008, *I Balcani Occidentali. Le Costituzioni della Transizione*, Giappichelli, Torino.
- Cannada Bartoli E. 1972, *Tutela dei magistrati eletti al Consiglio Superiore, giurisdizione del Consiglio di Stato e forma degli atti*, in *Foro amm.*: 109 sgg.
- Capaccioli E. 1978, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni* (ed. orig. 1963), ora in *Diritto e processo: Scritti vari di diritto pubblico*, Cedam, Padova: 113 sgg.
- Caponi R. 2015, *Doing Business come scopo del processo civile?*, in *Foro it.*, V: 10 sgg.
- Carnelutti F. 1937, *La crisi della legge* (in *Riv. dir. pubbl.*, 1930: 424 sgg.), ora in *Discorsi intorno al diritto*, Cedam, Padova: 167 sgg.
- Cerrone F., Volpi M. (a cura di) 2007, *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, Jovene, Napoli.
- Clemente di San Luca G. (a cura di) 2011, *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato*, II, *La tutela delle situazioni soggettive nell'amministrazione giustiziale*, III, *Le forme alternative di risoluzione delle controversie e l'analisi economica del diritto di proprietà*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Cognetti S. 2011, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino.
- 2014, *Legge amministrazione giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Giappichelli, Torino.
- Cudia C. 2008, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano.
- Cugurra G. 1984, *Atti del Consiglio Superiore della Magistratura e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 3: 310 sgg.

- D'Aloia A. 1996, *L'autogoverno delle magistrature "non ordinarie" nel sistema costituzionale della giurisdizione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli.
- De Siervo U. 1968, *A proposito della ricorribilità in Consiglio di Stato delle deliberazioni del CSM*, in *Giur. cost.*: 690 sgg.
- Dworkin R. 1982, *I diritti presi sul serio* (ed. orig. *Taking Rights Seriously*, London 1978), trad. it. F. Oriana, il Mulino, Bologna.
- Ferrajoli L. 2013, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma-Bari.
- Ferrara L. 2003, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Giuffrè, Milano.
- 2006, *Situazioni soggettive nella pubblica amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. VI, Giuffrè, Milano: 5576 sgg.
- 2014, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*: 561 sgg.
- Ferrari G. 1988, *Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Enc. giur.*, VIII, Ist. Enc. It., Roma: 1 sgg.
- Figorilli F. 2014, *Il giudice amministrativo*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa* (VI ed.), Giappichelli, Torino: 50 sgg.
- Francario F., Sanchini M.R. 2009, *La tutela giurisdizionale amministrativa*, in E. Albamonte, P. Filippi (a cura di), *Ordinamento giudiziario. Leggi, regolamenti e procedimenti*, Utet, Torino: 944 sgg.
- Fusaro C. 2002, *Il sistema di autogoverno della magistratura. Il modello italiano nella prospettiva comparatistica*, in <<http://www.cosmag.it>>.
- Giacchetti S. 1996, *Giustizia amministrativa: alla ricerca dell'effettività smarrita*, in *Dir. proc. amm.*: 459 sgg.
- Irti N. 2014, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*: 36 sgg.
- Lariccia S. 2007, *Indipendenza dei giudici amministrativi e unità della giurisdizione*, in F. Cerrone, M. Volpi (a cura di), *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, Jovene, Napoli: 162 sgg.
- Libertini M. 2011, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*: 375 sgg.
- Lolli I. 1997, *L'autogoverno delle giurisdizioni speciali: profili problematici e prospettive di riforma*, in *Giur. cost.*: 2071 sgg.
- Luciani M. 2014, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 4: 1 sgg.
- Manganaro F. 2008, *Strumenti giuridici alternativi alla tutela giurisdizionale nell'ordinamento italiano*, in <<http://www.giustamm.it>>.
- Marzuoli C. 2006, *Un diritto "non amministrativo"*, in *Dir. pubbl.*: 133 sgg.
- 2009, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Questione giustizia*: 33 sgg.
- Mazzamuto M. 2010, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice*, in *Dir. proc. amm.*: 143 sgg.

- Meniconi A. 2012, *Storia della magistratura italiana*, il Mulino, Bologna.
- Merusi F. 2011, *Nuove avventure e disavventure della legalità amministrativa*, in *Dir. amm.*: 749 sgg.
- 2012, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, il Mulino, Bologna.
- Morrone A. 2008, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir., Annali*, II, Giuffrè, Milano: 191 sgg.
- Mortara L. 1899, *Per la istituzione di un Tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione, in il Filangieri*: 1 sgg.
- Mulgan R. 2000, *Accountability: An Ever-Expanding Concept?*, in *Public Administration*, LXXVIII (3): 555 sgg.
- Orsi Battaglini A. 2005, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Giuffrè, Milano.
- Nigro M. 1983, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, V: 249 sgg.
- Pajno A. 2014, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in G. Pellegrino, A. Sterpa (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, Carocci, Roma: 39 sgg.
- 2016, *Insediamiento del Presidente del Consiglio di Stato. Inaugurazione dell'anno giudiziario 2016*, Manfredi, Roma, 16 febbraio 2016 (anche in <<http://www.giustizia-amministrativa.it>>).
- Palermo F., Woelk J. 2008, *L'indipendenza della Magistratura e le sue garanzie negli ordinamenti dei Balcani occidentali*, in M. Calamo Specchia, M. Carli, G. Di Plinio, R. Toniatti (a cura di), *I Balcani Occidentali. Le Costituzioni della Transizione*, Giappichelli, Torino: 208 sgg.
- Patroni Griffi F. 2015, *Notazioni in tema di sindacato giurisdizionale sugli atti del consiglio superiore della magistratura*, in *Giust. civ.*: 723 sgg.
- 2016, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*: 115 sgg.
- Pellegrino G., Sterpa A. (a cura di) 2014, *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, Carocci, Roma.
- Picardi N. 1996, *La storia della Cassazione, la Cassazione nella storia (1944-1956)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*: 1257 sgg.
- Pilotti M. 1947, *L'amministrazione della giustizia e la riforma costituzionale (Discorso per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1947)*, Roma.
- Pino G. 2008, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino.
- Piperata G., Sandulli M.A. 2012 (a cura di), *Le garanzie delle giurisdizioni. Indipendenza e imparzialità dei giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Pototschnig U. 1965, *Il giudice interessato non è indipendente*, in *Giur. cost.*: 1291 sgg.
- Proto Pisani A. 1985, *Rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*, in *Foro it.*, II: 1881 sgg.
- 2009, *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.* V: c. 379 sgg.

- Romano Tassone A. 2013, *Introduzione*, in F. Saitta (a cura di), *Il contenzioso sui contratti pubblici un anno dopo il recepimento della direttiva ricorsi*, Atti del Convegno di Catanzaro, 29-30 aprile 2011, Milano: 3 sgg.
- Saitta F. (a cura di) 2013, *Il contenzioso sui contratti pubblici un anno dopo il recepimento della direttiva ricorsi*, Atti del Convegno di Catanzaro, 29-30 aprile 2011, Milano.
- Sandulli A.M. 1963, *Atti del Consiglio Superiore della Magistratura e sindacato giurisdizionale*, in *Giust. civ.*, II: 3 sgg.
- 2012, *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia?*, in *Federalismi.it*.
- Sassani B., Villata R. (a cura di) 2012, *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Giappichelli, Torino.
- Scarselli G. 2001, *La terzietà e l'indipendenza dei giudici del Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, III: 269 sgg.
- Schedler A. 1999, *Conceptualizing Accountability*, in A. Schedler, L. Diamond, M.F. Plattner, *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Lynne Rienner Publishers, London: 13 sgg.
- Scoca F.G. 2011, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*: 379 sgg.
- Sinclair A. 1995, *The Chameleon of Accountability: Forms and Discourses*, in *Accounting, Organizations and Society*, XX (2-3): 219 sgg.
- Spagna Musso E. 1962, *Sulla sindacabilità degli atti del CSM da parte del Consiglio di Stato*, in *Giur. cost.*: 1609 sgg.
- Tarullo S. 2008, *Giusto processo (dir. proc. amm.)*, in *Enc. giur. Annali*, II, t. 1: 377 sgg.
- Thiry d'Holbach P.H. 1985, *Prefazione a Il buon senso*, a cura di S. Timpanaro, Garzanti, Milano.
- Torchia L. 2014, *Giustizia ed economia*, in *Giornale dir. amm.*: 337 sgg.
- Travi A. 1998, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*: 380 sgg.
- 2013, *Lezioni di giustizia amministrativa* (X ed.), Giappichelli, Torino.
- (a cura di) 2014, *Colloquio sull'interesse legittimo*, Atti del Convegno in memoria di Umberto Pototschnig, Milano, 19 aprile 2013, Jovene, Napoli.
- Tropea G. 2015, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli.
- Vignera G. 2003, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 Cost.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*: 1185 sgg.
- Villata R. 2012, *Dodici anni dopo: il Codice del processo amministrativo*, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Giappichelli, Torino: 63 sgg.
- Volpe F. 2012, *Altre considerazioni sull'effettività della tutela giurisdizionale nei confronti della P.A. (a proposito del costo di un ricorso innanzi al G.A.)*, in <<http://www.lexitalia.it>>.
- 2015, *Perché è sbagliato abolire o ridurre la fase cautelare nel processo amministrativo*, in <<http://www.lexitalia.it>>.

- Volpi M. 2009, *I Consigli di Giustizia in Europa: un quadro comparativo*, in E. Albamonte, P. Filippi (a cura di), *Ordinamento giudiziario. Leggi, regolamenti e procedimenti*, Utet, Torino: 18 sgg.
- Zagrebelsky G. 1992, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino.



# I 'COSTI' DEL MANTENIMENTO DEL SISTEMA DUALISTICO

*Francesco Volpe*

SOMMARIO – 1. L'efficienza del sistema dualistico di giustizia amministrativa in relazione alla stratificazione della sua disciplina. 2. La complessità del sistema italiano di giustizia amministrativa. 3. Definizione, in termini di effettiva tutelabilità delle pretese dei cittadini, di 'costo' del sistema di giustizia amministrativo. 4. Il 'costo' del mantenimento di una pluralità di giurisdizioni a tutela del cittadino contro la pubblica amministrazione e l'inefficacia della *translatio iudicii*. 5. Il 'costo', in termini di certezza del diritto e di tutela dei diritti soggettivi, del mantenimento di una pluralità di giurisdizioni a tutela del cittadino contro la pubblica amministrazione. 6. Il 'costo', in termini di sovrapposizione tra le giurisdizioni, della giurisdizione esclusiva. 7. Il 'costo', in termini di inefficacia della funzione nomofilattica, del mantenimento di una pluralità di giurisdizioni. 8. Il 'costo' della introduzione, nella teoria generale, della figura dell'interesse legittimo.

## *1. L'efficienza del sistema dualistico di giustizia amministrativa in relazione alla stratificazione della sua disciplina*

Agli inizi del XX secolo e quando ancora i confini tra le due giurisdizioni erano poco precisi, un illustre Autore (Cammeo, 1909) analizzò, con l'acutezza di indagine che gli era propria, meriti e svantaggi del sistema dualistico in contrapposizione a quello monistico.

Se, a favore del secondo, si poteva ascrivere il merito di costruire un sistema più armonico, comprensibile a tutti, che escludeva conflitti tra gli apparati giudicanti, che faceva emergere l'unità della giurisdizione e assicurava una 'più completa' indipendenza, al primo spettava il riconoscimento di una maggiore competenza tecnica del giudice specializzato, tanto più necessaria nella valutazione di quei fatti complessi che oggi vengono fatti ricadere nel fenomeno della c.d. discrezionalità tecnica.

Quell'Autore, chiaramente, propendeva a favore di un sistema monistico. Se egli non concluse la sua disamina in questi espresi termini fu solo perché egli ritenne che il giudice ordinario non avesse ancora raggiunto, storicamente, quel grado di competenza tecnica necessaria per trattare le questioni di rilievo amministrativistico. Competenza che il Consiglio di Stato aveva invece acquisito. Di talché egli sostenne che il mantenimento del sistema dualistico avrebbe dovuto avere solo carattere transitorio e fino a che non si fosse attuata una maggiore diffusione della cultura del diritto amministrativo (Cammeo, 1909).

Se ammettiamo come postulato che le tesi di quel giurista insigne fossero fondate, si deve, tuttavia, riconoscere che le sue previsioni non si sono avvera-

te. Da allora è passato più di un secolo, senza che il sistema dualistico sia risultato incrinato, non ostante, soprattutto di recente, alcuni rilievi in dottrina siano emersi (Pastori, 1996; Marzuoli, 1997; Travi, 1998; Proto Pisani, 2001).

Perché ciò sia accaduto, verosimilmente, è conseguenza di un errore prospettico, nella tesi propugnata all'inizio del secolo scorso. Riducendo il fondamento del sistema dualistico a ragioni essenzialmente culturali, sarebbe dovuto apparire fin da allora vano ipotizzare che, con il tempo, anche il giudice ordinario avrebbe fatto proprie le competenze tecniche relative ad un settore del diritto, la cui trattazione veniva a lui preclusa o limitata.

Ciò non esclude, tuttavia, che ad una rinnovata abolizione del contenzioso amministrativo abbiano concorso altre ragioni, forse non tutte necessariamente meritevoli di apprezzamento.

Vero gli è che, nella costruzione di un sistema di tutela giurisdizionale, il legislatore dovrebbe porsi come scopo primario quello della effettività della tutela. Un determinato sistema processuale, infatti, non è – quale esso sia – un valore da conservare in sé, giacché la sua esistenza è puramente strumentale ad assicurare giustizia. Di talché, il decidere di aderire – da parte del legislatore – ad un determinato sistema processuale, anziché ad un altro, è cosa che dovrebbe astrarsi dalle preferenze congenite che quei sistemi sono in grado di suscitare ed è questione che dipende dal tipo e dal grado di tutela che si vuole sia fornita.

La decisione, in effetti, non va compiuta in modo astratto, giacché è utopistico – e contrastante con la limitatezza delle risorse ‘del secolo’ – affermare che un ordinamento sia tenuto a fornire una tutela piena sotto ogni aspetto. La tutela giurisdizionale risente dei limiti istituzionali ed economici in cui un determinato ordinamento contingentemente essa si attua, sicché le decisioni su come attuarla vanno confrontate con quei limiti contingenti.

Per gli stessi motivi, in un sistema razionalmente impostato, conservare un dato apparato di tutela solo per ossequio alla tradizione, quando quell'apparato dimostri dei limiti o dei costi ingiustificati, è cosa di per sé errata, perché è sbagliato mantenere un dato prodotto normativo, quando esso si dimostri più dannoso che utile.

Tanto premesso, pare innegabile che uno dei principali elementi da apprezzare, a riguardo delle decisioni in ordine al modo con cui assicurare la miglior tutela giurisdizionale possibile, è proprio quello della semplicità dello stesso, per tale intendendosi la facilità con cui i rimedi giurisdizionali siano esperibili. Ciò è, appunto, conseguenza di quel principio di strumentalità delle forme processuali di cui è stato fatto appena cenno, di talché ogni forma di complicazione nell'esperimento dei rimedi è ammissibile negli stretti termini in cui esso sia utile.

Va riconosciuto, tuttavia, che in Italia, l'accesso ai rimedi giurisdizionali in occasione dell'operato *contra legem* della pubblica Amministrazione non è cosa affatto semplice.

Come è noto, in materia si è creata una sorta di stratificazione normativa, che figlia dalla legge Crispi. La riforma del 1889, in sé destinata a tutelare quegli interessi che, stando alla LAC, non avrebbero goduto di protezione giurisdizionale (Spaventa, 2006), non ha inteso abrogare la precedente riforma del 1865, cosicché alla stratificazione delle fonti è seguita la stratificazione dei sistemi di tutela. Detta stratificazione, a sua volta, fu aggravata dal fatto che, almeno agli albori, si dubitò a lungo della natura giurisdizionale del Consiglio di Stato: la sovrapposizione di due forme di tutela, pertanto, esisteva nei fatti, ma non era certo che esistesse sul piano teorico. Perché se il processo davanti al 'giudice interno all'amministrazione' non fosse stato un vero e proprio giudizio, allora, astrattamente, esso neppure entrava in conflitto con l'unica tutela giurisdizionale che era, poi, quella assicurata davanti all'AGO.

Richiamare qui il secolare dibattito (a partire dalle tesi della c.d. 'doppia tutela') sul riparto della giurisdizione, resosi via via più acceso quanto più si acquisiva consapevolezza della natura giurisdizionale del giudice amministrativo, non è qui necessario né sarebbe, in definitiva, utile. Interessa invece constatare – e questo è fatto obiettivo – che il particolare sistema dualistico attuato in Italia ha reso l'accesso alla tutela contro la pubblica amministrazione cosa estremamente complessa, tanto che un colto studioso, qualche anno addietro, si è servito del paradosso di ipotizzare che un «marziano» giungesse del tutto ignaro in Italia e che a lui si cercasse di spiegare il nostro criterio di riparto. Il visitatore, giudicando la cosa *ex tabula rasa*, ci accuserebbe, verosimilmente, di avere costruito una organizzazione del tutto incomprensibile (Romano, 2002).

Paradossalmente, la complessità è stata acuita dalle riforme processuali avviate sul finire degli anni '90 del secolo passato<sup>1</sup>, quando si cercò di sostituire il criterio della *causa petendi* con quello del 'blocco di materie', attraverso l'ampliamento delle ipotesi di giurisdizione esclusiva.

Verosimilmente, questo era un tentativo destinato a fallire in sé, perché era ingenuo opinare di poter tracciare confini obiettivi tra una materia e l'altra. In mezzo alle singole materie stanno specie di 'terre di nessuno', rivendicabili da entrambi gli apparati giurisdizionali<sup>2</sup>. Il che significa, in concreto, ricadere nel rischio di creare contrasti logici tra giudicati e, in definitiva, nel rischio di suscitare incertezza nel diritto sostanziale applicato: sul punto si tornerà in seguito.

Ma non fu necessario approfondire questi aspetti, perché venne riconosciuta la contrarietà alla Costituzione del criterio del *blocco di materie*<sup>3</sup>. E se il criterio della *causa petendi* venne così ad essere riaffermato dalla Corte costituzionale, ugualmente tesso trattenne alcune 'scorie' di quello che il dibattito aveva suscitato. In effetti, l'occasionalità dell'«esercizio del potere», quale presupposto necessario per la esistenza della giurisdizione esclusiva, illustra un principio che si qualifica più per assertività che per la capacità di indicare una regola facilmente applicabile.

## *2. La complessità del sistema italiano di giustizia amministrativa*

Quanto, molto sinteticamente, richiamato illustra che il sistema di tutela giurisdizionale nelle liti che incidono sulle pubbliche amministrazioni è assai complesso. Come è noto, esso è oggi composto dal giudice ordinario, senza poteri di annullamento (e salva la previsione dell'art. 113, u.c. Cost.), ma con poteri di disapplicazione, a cui si affianca un giudice amministrativo, con poteri di annullamento, a cui è dato ingresso, tuttavia, entro termini di decadenza.

Al giudice amministrativo, inoltre, oggi sostanzialmente si sovrappone il ricorso straordinario al Capo dello Stato, in virtù della giurisdizionalizzazione che il rimedio ha subito in questi anni (Tanda, 2014; Volpe, 2015), senza tuttavia che la si possa formalmente dichiarare, a pena di violare l'art. 102, secondo comma, Cost.

Rimangono, altresì, i ricorsi amministrativi ordinari, ancorchè non preclusivi della successiva impugnazione straordinaria o giurisdizionale.

Rimane la giurisdizione degli altri giudici speciali, a cominciare da quella della Corte dei conti per il contenzioso previdenziale dei pubblici impiegati per proseguire con quella del Tribunale Superiore delle Acque pubbliche. Varrà tacere, poi, della giurisdizione di molti altri giudici speciali (Sezione disciplinare del CSM, Consiglio Nazionale Forense, Commissari liquidatori degli usi civici), il cui mantenimento, nonostante quanto previsto dalla VI disposizione transitoria e finale della Costituzione, è forse non del tutto giustificato. Forme 'larvate' di giurisdizione, infine, possono forse essere ravvisate nelle funzioni 'neutrali' di alcune Autorità Indipendenti.

## *3. Definizione, in termini di effettiva tutelabilità delle pretese dei cittadini, di 'costo' del sistema di giustizia amministrativa*

Se queste cose, ben note, sono state richiamate è solo per mettere in evidenza la complessità del sistema delle tutele, nel quale non è affatto semplice districarsi. E poiché, per quanto si è detto, la complessità esprime in se stessa dei 'costi', preme comprendere quali essi concretamente siano, allo scopo di valutare se sia bene continuare a sostenerli.

È, tuttavia, chiaro che alla base dell'indagine che si intende condurre, si pone una premessa definitoria. Quando si parla di 'costi' del sistema di tutela, non si allude a costi esclusivamente patrimoniali od economici.

Il mantenimento di una pluralità di giurisdizioni certamente comporta maggiori oneri economici da sostenere. Si tratta di costi che derivano dalla moltiplicazione di uffici direttivi, di strutture e di personale applicato<sup>4</sup>. Essi si traducono, a loro volta, in una maggiore onerosità dell'accesso, per il singolo, alla tutela, come dimostra la particolare onerosità tributaria del processo amministrativo<sup>5</sup>.

Tuttavia, questi costi propriamente detti, benché assai importanti, sono forse di minore rilievo rispetto a quelli che il mantenimento della pluralità delle giurisdizioni comporta in termini di effettività delle tutele accordate. Sicché è a questi ultimi che preme rivolgere attenzione, non trascurando che da questi stessi possono derivare, nuovamente, ulteriori conseguenze, ancora una volta strettamente patrimoniali. In effetti, ove i 'costi', in termini di tutelabilità delle proprie pretese, fossero tali da disincentivare l'accesso al sistema giustiziale, le conseguenze economiche in tema di stabilità e sviluppo dei commerci e dell'industria, sarebbero immediate e da tutti intuibili.

#### 4. Il 'costo' del mantenimento di una pluralità di giurisdizioni a tutela del cittadino contro la pubblica amministrazione e l'inefficacia della *translatio iudicii*

Il primo 'costo' che deriva dal mantenimento di una pluralità di giurisdizioni va ravvisato nella possibilità che chi agisca in giudizio si rivolga all'apparato giurisdizionale sbagliato.

L'errore è tanto più grave quando uno dei rimedi astrattamente esperibili sia soggetto – come è, di regola, nel caso del ricorso al giudice amministrativo, ad un termine di perenzione – giacché, in questi casi, l'aver adito l'autorità sbagliata può avere conseguenze esiziali per la pretesa di tutela.

Tuttavia, vale ripetere, il processo è uno strumento, non un fine o, meglio, il fine primario del processo è la realizzazione del diritto delle parti ad ottenere una risposta affermativa o negativa in ordine al bene della vita oggetto della loro contesa<sup>6</sup>; non è giustificato perciò che una fondata pretesa di tutela non possa essere valutata solo perché essa è stata introdotta davanti al giudice sbagliato: *justice is justice on the merits*<sup>7</sup>.

A limitare questo *costo*, si ritiene, non ha dato un reale aiuto neppure l'introdotta istituto della *translatio iudicii*. Più precisamente, la *translatio iudicii*, così come essa era stata delineata in virtù dell'intervento della Corte costituzionale<sup>8</sup> era davvero un efficace rimedio all'errore in punto di giurisdizione, consentendo senza limiti la riassunzione della lite davanti al giudice giurisdizionalmente competente. Tuttavia, ben presto, l'istituto evidenziò come esso si potesse prestare ad abusi, consentendo a chi fosse disposto a introdurre consapevolmente l'azione davanti al giudice privo di giurisdizione (ma davanti al quale non valevano termini di decadenza), di recuperare termini ormai scaduti. Sicché, la *translatio iudicii*, quale oggi risulta disciplinata dall'art. 59, l. 18.6. 2009, n. 69, e, soprattutto, dall'art. 11 c.p.a., costringendo a rispettare anche davanti al giudice ordinario i termini per l'esperimento del ricorso davanti al giudice amministrativo, ha perso di gran lunga la sua effettività. Essa, infatti, presuppone che chi agisce abbia almeno il *dubbio* di non essersi rivolto al giudice giurisdizional-

mente competente, si da imporre a se stesso il rispetto del termine valevole davanti all'altro giudice. Ma anche questa soluzione non sembra del tutto corretta, perché essa limita la possibilità di avvalersi, davanti al giudice ordinario, di tutto il decorso del termine di prescrizione che, se la giurisdizione sussistesse, non potrebbe essere contestato.

*5. Il 'costo', in termini di certezza del diritto e di tutela dei diritti soggettivi, del mantenimento di una pluralità di giurisdizioni a tutela del cittadino contro la pubblica amministrazione*

La sussistenza delle due giurisdizioni e le incongruenze che essa comporta evidenziano, tuttavia, ulteriori 'costi' di sistema.

Quanto al sindacato sulla legittimità, detti costi attengono alla tutela a cui ha diritto la pubblica Amministrazione, anch'essa parte in causa. Al riguardo, è tratizio affermare che la previsione di un termine decadenziale di impugnazione dell'atto, davanti al giudice amministrativo, trova giustificazione nel fine di dare stabilità all'azione amministrativa. Ciò dovrebbe comportare che, scaduto il termine, l'Amministrazione possa confidare sul fatto che nessuno, al di fuori di se stessa, potrà pregiudicare il permanere degli effetti del provvedimento.

Questo affidamento, tuttavia, non può dirsi assoluto, giacché la 'stabilità' del provvedimento può essere ugualmente pregiudicata nel caso in cui il giudice ordinario, valutando sui rapporti giuridici dipendenti rispetto agli effetti diretti del provvedimento, eserciti il potere di disapplicazione, esperibile senza limiti di tempo e, per certi versi, anche d'ufficio.

Ma è soprattutto nella valutazione delle questioni di diritto inerenti a diritti soggettivi che la competizione tra le due giurisdizioni evidenzia ulteriori 'costi', che attengono, questa volta, alla possibile emersione di *sacche* di incertezza del diritto.

Come si è osservato a proposito della disapplicazione, tali 'costi' emergono, ancora una volta, nella valutazione delle questioni pregiudiziali, ma ad opera, questa volta, del giudice amministrativo.

Secondo l'art. 8 del codice di rito, infatti, il giudice amministrativo decide di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, senza però che, per la specialità della giurisdizione, a nessuna delle parti sia attribuito il potere di chiedere che sulla questione venga a formarsi il giudicato, come, invece, è previsto dall'art. 34 c.p.c. per quanto attiene al processo di cognizione ordinario. Una tale previsione, in effetti, è coerente con la natura del giudice amministrativo. Se a quel giudice fosse consentito di decidere con forza di giudicato sui diritti soggettivi di rilievo nelle questioni pregiudiziali, il processo amministrativo si trasformerebbe, indirettamente, in un giudizio generale sui diritti soggettivi; il che è in contrasto con lo spirito della legge Crispi e, oggi, anche con l'art. 103 Cost.

La disciplina delle questioni pregiudiziali, tuttavia, si presta alla formazione di possibili contrasti logici tra giudicati, per il caso in cui, tra le medesime parti, in seguito si controverta davanti all'AGO sui medesimi diritti pregiudizialmente valutati dal giudice amministrativo.

Analoghe considerazioni possono svolgersi con riferimento ai diritti patrimoniali consequenziali, la cui cognizione era un tempo affidata al giudice ordinario, mentre oggi spetta al giudice amministrativo. Anche tali diritti attengono a rapporti giuridici di cui, talvolta, può essere chiamato, congiuntamente, ad occuparsi il giudice ordinario, sì da creare una sostanziale sovrapposizione tra le due giurisdizioni. L'esempio più evidente attiene al diritto al risarcimento che spetta a chi veda incolpevolmente annullato il provvedimento amministrativo a sé favorevole.

Sul punto, la giurisprudenza è incline ad affermare la giurisdizione ordinaria<sup>9</sup>, sul presupposto che chi è stato avvantaggiato da un provvedimento invalido non possa predicarsi titolare di un interesse legittimo. L'asserto, pur se da taluni non condiviso (Mazzamuto, 2011), è convincente avendo a riguardo l'ipotesi in cui l'annullamento proceda da un atto in autotutela della stessa amministrazione. Suscita maggiori perplessità, invece, ipotizzare che spetti 'necessariamente' al giudice ordinario il valutare la questione risarcitoria, nel caso in cui l'annullamento sia pronunciato dal giudice amministrativo, perché in tal caso è lecito dubitare che la pretesa risarcitoria attenga ad un diritto consequenziale *ex art. 7 c.p.a.*, da far valere davanti al giudice amministrativo con domanda riconvenzionale e con le forme del ricorso incidentale. Tuttavia, gli effetti caducatori dell'annullamento sono i medesimi, sia che esso provenga dal giudice sia che esso provenga dalla stessa pubblica Amministrazione; coerenza vuole che anche il diritto al risarcimento abbia la medesima natura, indipendentemente dall'evento caducatorio che lo abbia generato.

#### *6. Il 'costo', in termini di sovrapposizione tra le giurisdizioni, della giurisdizione esclusiva*

I 'costi' in termini di effettività di tutela, connessi alla possibile sovrapposizione di competenze giurisdizionali si rivelano, infine, nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Vale, sul punto, tornare all'esistenza di quelle zone 'grigie' che si collocano ai margini delle materie di giurisdizione esclusiva, e di cui già è stato fatto cenno. Talora, in esse, la sussistenza della giurisdizione dell'uno o dell'altro giudice si pone non già sulla identità del diritto soggettivo fatto valere, quanto del titolo sulla base del quale esso viene affermato o contestato.

Sul punto, varrà richiamare la materia delle espropriazioni (Volpe F., 2003), che oggi, appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art.

133, comma 1, lett. g, c.p.a.). Tuttavia, oggetto dell'espropriazione è il diritto di proprietà, oppure un altro diritto reale. Di talché, a rigore, non sembra potersi negare che il ricorrente, insieme alla domanda di annullamento del provvedimento di esproprio, possa chiedere anche l'accertamento del diritto di proprietà ripristinato dal capo di sentenza che caduchi l'atto. Tanto più che detto diritto è consequenziale alla pronuncia di annullamento e di contenuto, evidentemente, patrimoniale (ancora una volta: art. 7, c.p.a.).

Peraltro, il giudicato, non vale neppure rammentarlo, copre il dedotto e il deducibile, di talché l'esistenza o l'inesistenza del diritto di proprietà, reso incerto dal provvedimento di espropriazione, sono fatte oggetto di accertamento indipendentemente dal titolo del diritto fatto valere. Ne segue che l'accertamento dell'esistenza del diritto di proprietà, compiuto dal giudice amministrativo in esito ad una domanda accessoria a quella di annullamento del provvedimento di espropriazione, non potrebbe, poi, essere contestato dalla Amministrazione, davanti al giudice ordinario, sulla base di un diverso, e privatistico, titolo acquisitivo. E, tuttavia, è quanto meno incongruo che la Amministrazione, sussistendone i presupposti, non possa affermare di avere acquisito la proprietà del bene sulla base del diverso titolo della sopravvenuta usucapione<sup>10</sup>. Tanto più che, difficilmente, la stessa Amministrazione potrebbe introdurre la questione nella lite davanti al giudice amministrativo, che, sul quel titolo, privatistico, non potrebbe sindacare se non in via pregiudiziale.

### *7. Il 'costo', in termini di inefficacia della funzione nomofilattica, del mantenimento di una pluralità di giurisdizioni*

Il sistema dualistico e l'esistenza di un giudice speciale – almeno per come essa è stata attuata nell'ordinamento italiano – rivela altri 'costi', in termini di effettività della tutela, guardando alla unitarietà della giurisdizione e alla concreta esplicazione della funzione nomofilattica.

In ragione del limite enunciato dall'art. 111, u.c., Cost, circa il sindacato della Corte di cassazione sulle sentenze pronunciate dai giudici speciali, quanto più è ampio il numero delle controversie devolute al giudice amministrativo, tanto minore è il numero delle questioni sulle quali la medesima Corte, operando *ex art. 360, n. 3, c.p.c.*, è in grado di individuare una linea interpretativa il più possibile comune.

Il fenomeno, ancora una volta, è avvertito soprattutto nelle materie di giurisdizione esclusiva. È dunque oggettivo che il modo con cui il Consiglio di Stato syndaca le controversie di impiego pubblico restate nella sua giurisdizione (perché relative a specifiche categorie di impiegati pubblici) è diverso dall'interpretazione resa dal giudice ordinario in analoghe controversie, ma con-

cernenti diverse categorie di personale. Cosicché – benché il testo normativo applicato sia talora lo stesso, valendo per ogni funzionario pubblico<sup>11</sup> – i cittadini sono soggetti ad una sostanziale difformità di regime a causa del solo e accidentale fatto di essere soggetti alcuni alla giurisdizione ordinaria, altri alla giurisdizione amministrativa.

Tuttavia, le conseguenze del difetto di una giurisdizione ordinaria, in termini di sostanziale omogeneità del diritto applicato, si riscontrano anche nelle controversie per il risarcimento del danno aquiliano, le quali dovrebbero rispondere agli stessi principi, indipendentemente dalla situazione giuridica lesa e indipendentemente dal giudice davanti al quale esse vengono promosse. Ciò non ostante, già prima che entrasse in vigore dell'art. 30 c.p.a.<sup>12</sup>, il Consiglio di Stato, nel decidere su siffatte controversie (originate dalla pretesa lesione di un interesse legittimo), interpretava l'art. 1227 c.c. in modo diverso da quello fatto proprio dal giudice ordinario, facendo rientrare nel concorso del creditore anche il mancato esperimento dei mezzi di tutela.

Gli esempi ora riportati evidenziano, così, che la mancanza di un unico soggetto titolare della funzione nomofilattica è cosa in sé pregiudizievole, perché è fenomeno che si traduce, ancora una volta, in una sostanziale diversità di regime su rapporti che il legislatore non ha, però, sempre inteso distinguere sul piano della disciplina sostanziale.

Non va trascurato, tuttavia, che, secondo una diversa possibile prospettazione, una tale differenza di regime potrebbe essere giustificata, perché essa altro non esprimerebbe che il riflesso della peculiare 'sensibilità' del giudice amministrativo per le questioni che coinvolgono le amministrazioni pubbliche. Di tale sensibilità sarebbe, invece, privo il giudice ordinario.

La diversità di regime, dunque, sarebbe un beneficio della giurisdizione speciale e non un *costo*.

Ma, in merito a questa presunta, maggiore 'sensibilità' occorre, a parere di chi scrive, portare alcune distinzioni.

Infatti, essa può essere intesa secondo diverse prospettazioni. Se per 'sensibilità' del giudice si intende maggiore competenza tecnica nell'applicazione del diritto amministrativo sostanziale, allora la questione non è diversa da quella posta, agli inizi del Novecento, dal Cammeo.

È tuttavia discutibile che possa essere negata, anche in tesi, una siffatta attitudine al giudice ordinario, a pena di non sapere, altrimenti, spiegare la coerenza del mantenimento, in capo a quel medesimo giudice, del potere di disapplicazione, che viene pur sempre esercitato quando l'atto amministrativo è stato assunto in violazione delle leggi o dei regolamenti.

D'altra parte, è assai probabile che, se le controversie di diritto amministrativo venissero decise – tutte e senza distinzione alcuna – da un unico giudice,

anche il diritto amministrativo sostanziale sarebbe diverso da quel che oggi esso è. L'esperienza del trasferimento alla giurisdizione ordinaria delle controversie sull'impiego pubblico, invero, ha dimostrato come ivi abbiano trovato ingresso afflati giusprivatistici, soprattutto in tema di sindacato secondo i parametri della correttezza e della buona fede<sup>13</sup>, che ancor oggi stentano a trovare pieno riconoscimento davanti al giudice amministrativo. Tuttavia, queste possibili ricadute dell'affidamento ad un giudice unico – ed inesperto di cose amministrativistiche – delle controversie di diritto amministrativo sono forse meno rilevanti di quel che si potrebbe opinare, a fronte della emersione, altrettanto probabile, di una interpretazione più stabile e meno diversificata di quel che oggi è applicata, secondo che ci si rivolga all'uno o all'altro apparato

Se, invece, la tesi che si richiama ad una maggiore 'sensibilità' del giudice amministrativo alludesse ad una maggiore vicinanza del giudice alle necessità della parte resistente, sarebbe chiaro che essa non potrebbe essere condivisa (Proto Pisani, 2015) perché essa assumerebbe quale presupposto implicito il negare la parità delle armi nella lite.

La *vicinanza* del giudice amministrativo all'amministrazione, concretamente dimostrata da un pluralità di fattori – tra i quali spicca la provenienza dai ranghi amministrativi di buona parte dei componenti i collegi di appello, oltre alla collocazione istituzionale dello stesso Consiglio di Stato al di fuori del potere giurisdizionale propriamente detto (Orsi Battaglini, 2005: 73 sgg.) – non appare in definitiva un valore da tutelare. E tanto più tale 'sensibilità' sembra doversi contestare, ove si consideri che la parte resistente, pur in formale posizione di parità nel processo, non lo è affatto nella fattispecie sostanziale, in cui essa si rivela titolare di poteri imperativi, tali da modellare unilateralmente la *res in iudicium deducta*, se non addirittura a riproporla. Anche per questi motivi, in definitiva, l'Amministrazione non ha alcun bisogno di un giudice 'amico'.

#### 8. Il 'costo' della introduzione, nella teoria generale, della figura dell'interesse legittimo

I 'costi' a cui sinora è stato fatto finora cenno, quali conseguenza del sistema dualistico di tutela nei riguardi della pubblica Amministrazione, sono in un certo senso strutturali, perché attengono allo specifico modo con cui i due giudizi si confrontano e si spiegano.

A questi va forse, ed infine, aggiunto un ulteriore *costo*, questa volta di natura e dogmatica. È un costo in sé non immediatamente ravvisabile; è tuttavia un costo latente e grave, in termini di certezza del diritto.

La specificità del sistema duale, in Italia, ha portato con sé la costruzione di quella controversa figura di teoria generale che è l'interesse legittimo.

È una figura assai controversa e, come si sa, peculiare solo del nostro ordinamento. Il che è già cosa che conduce a dubitare della sua esistenza, almeno su un piano, appunto, di teoria generale.

Ancor oggi, d'altra parte, è probabilmente lecito sostenere che non esista una nozione generalmente accettata di interesse legittimo. Essa è una figura che risiede in un suo limbo, con accenti ora di carattere processuale (quando si tratti, ad esempio, di valutare la permanenza dell'interesse a ricorrere), ora di natura sostanziale (quando si tratti di discutere della sua risarcibilità o quando si tratti di stabilire gli effetti conformativi di una sentenza di annullamento). Si è unanimemente d'accordo nell'affermare che l'interesse legittimo sia figura in qualche modo legata alla legittimità dell'azione amministrativa, ma come, ancora, non è del tutto chiaro o, quanto meno, non è concordemente affermato.

Nonostante la sua evanescenza, l'interesse legittimo viene spesso enfatizzato, sia dagli studiosi sia dalla giurisprudenza, come peculiarità positiva del sistema di giustizia amministrativa italiano.

In che cosa consista tale positività, non però è del tutto chiaro sapere e forse, non si deve escludere che essa sia talora apprezzata proprio in ragione della sua evanescenza e della sua palese tendenza a sfuggire ad una stabilita definizione.

Una tale impostazione sembra scorrere sotto traccia da quando dell'interesse legittimo si è principiato a parlare; della stessa sembra di ravvisarne traccia anche in quelle celebri definizioni che della figura sono state date come situazione giuridica soggettiva tutelata in modo indiretto o come sorta di diritto condizionati.

Con il rischio di eccessiva semplificazione che certe affermazioni inevitabilmente recano, pare che tutte questi tesi – dalle quali emerge l'oscurità della figura dell'interesse legittimo – conducano verso un unico risultato. In effetti, definire in modo incerto cosa sia l'interesse legittimo equivale a definire in modo incerto anche quali siano i rapporti di diritto sostanziale tra il cittadino e l'amministrazione, sì che risulta difficile, e, in ogni caso derogabile, stabilire, tra l'amministrazione e il cittadino, quel che spetta precisamente ad entrambi.

Secondo una tale prospettiva, risulta così difficile stabilire fino a dove l'amministrazione possa spingersi e dove, invece, essa debba arrestarsi (Travi, 2006): ad una tale meta, del resto, concorre anche l'affievolimento del principio di legalità e, in definitiva, dello Stato di diritto.

È dunque possibile che se, unificata la giurisdizione, non fosse più bisogno di parlare in termini di contrapposizione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, per unificare le categorie in quella unica dei *Rechte*<sup>14</sup>, la certezza dei rapporti giuridici e la prevedibilità dei giudizi avrebbero ad avvantaggiarsene.

Cosicché vi è, infine, da interrogarsi – un secolo dopo gli scritti di Cammeo – se i costi del sistema dualistico abbiano ancora concreta ragione di essere affrontati.

*Note*

- <sup>1</sup> Si allude, ovviamente, agli artt. 33-35, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80.
- <sup>2</sup> A titolo di esempio, si pensi ai problemi di riparto di giurisdizione, per l'opposizione alle ordinanze-ingiunzione in materia di urbanistica ed edilizia: Cass. S.U., 11.3.2005, n. 5332.
- <sup>3</sup> Corte cost., 6.7.2004, n. 204; Corte cost., 11.5.2006, n. 191.
- <sup>4</sup> Solo a titolo esemplificativo, con atto del Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa, 19 dicembre 2014, è stato approvato il bilancio di previsione, per l'anno 2015, relativo alle spese necessarie al mantenimento del sistema di giustizia amministrativa. Secondo tale documento, si prevede che dette spese ammonteranno a circa duecentotrentasei milioni di euro. Della Corte dei Conti è stato possibile acquisire solo il bilancio di previsione dell'anno 2014 (Decreto Pres. Corte dei Conti, 30 dicembre 2013), il cui ammontare è di circa trecentoventinove milioni di euro. Naturalmente, detti documenti si riferiscono all'attività complessiva dei due apparati e, pertanto, non alle sole funzioni giurisdizionali da loro svolte.
- <sup>5</sup> Art. 13, d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115.
- <sup>6</sup> C. cost., 5 marzo 2007, n. 77.
- <sup>7</sup> Cass., S.U., 6.3.2009, n. 5465.
- <sup>8</sup> C. cost., 5 marzo 2007, n. 77.
- <sup>9</sup> Cass. S.U., 4.9.2015, n. 17586.
- <sup>10</sup> In tema, però, Cons. St., 3 luglio 2014, n. 3346.
- <sup>11</sup> Esemplificativamente, in materia di rimborso delle spese legali sostenute dai funzionari in un processo penale, Cons. St., 26.11.2009, n. 7439.
- <sup>12</sup> Cons. St., 22. 10. 2008, n. 5183; per una ricostruzione dell'indirizzo giurisprudenziale, si veda Cons. St., A.P., 23.2.2011, n. 3.
- <sup>13</sup> Cass. lav., 14.4.2015, n. 7495; Cass. lav., 26.1. 2015, n. 1328.
- <sup>14</sup> Wvgo, § 113, 5.

*Riferimenti bibliografici*

- Cammeo F. 1909, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d.
- Marzuoli C. 1997, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in *Dir. pubb.*: 902 sgg.
- Mazzamuto M. 2011, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. Amm.*: 896 sgg.
- Orsi Battaglini A. 2005, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Giuffrè, Milano.
- Pastori G. 1996, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*: 919 sgg.
- Proto Pisani A. 2001, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Foro it.*, V: 21 sgg.
- 2015, *L'art. 113, 3° comma, CoSt.: una norma, troppo spesso dimenticata, fondamentale per la tutela effettiva del cittadino contro atti della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, V: 185 sgg.
- Romano A. 2002, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205/00 (epitaffio di un sistema)*, in *La riforma della giustizia amministrativa in Italia e Spagna*, Torino: 37 sgg.
- Spaventa S. 2006, *Giustizia nell'amministrazione* (ed. orig. 1880), ora in *Giustizia nell'amministrazione e altri scritti*, Napoli.
- Tanda P. 2014, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Giappichelli, Torino.
- Travi A. 1998, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubb.*: 371 sgg.
- 2006, *Rileggendo Orsi Battaglini, Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia 'non amministrativa' (Sonntagsgedanken)*, in *Dir. pubb.*: 91 sgg.
- Volpe C. 2015, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: un rimedio antico ma ancora attuale?*, in <<http://www.giustizia-amministrativa.it>>.
- Volpe F. 2003, *Considerazioni brevi sui limiti della giurisdizione esclusiva in materia di espropriazione*, in *Riv. giur. urb.*: 285 sgg.



## COMMENTI



SULLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA COME SERVIZIO  
(TRA EFFETTIVITÀ ED EFFICIENZA)  
A 150 ANNI DALL'UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA ITALIANA\*

*Fabio Merusi*

SOMMARIO – 1. Ricordando l'Allegato E della legge del 1865 parlando d'altro... per evitare di parlare della probabile fine delle sue devoluzioni al giudice ordinario. 2. L'elusione legislativa della devoluzione penale delle contravvenzioni. Principi penalistici e sanzioni amministrative. Una devoluzione di troppo: la disapplicazione *in malam partem*. 3. La comparsa di un nuovo giudice: il giudice degli interessi. 4. Gli interessi legittimi si espandono a danno dei diritti soggettivi e limitano la devoluzione al giudice ordinario civile. 5. Il punto di rottura del sistema: risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo. Dopo la risarcibilità ritorna la devoluzione del 1865. Il compromesso del codice del processo amministrativo del 2010. 6. Un processo di impugnazione che diventa anche un processo di cognizione. Conseguenze. 7. Le indagini sul futuro delle novità codicistiche... 8. Novità sull'istruttoria. Il problema della conoscibilità del fatto da parte del giudice amministrativo. Perplessità sull'uso della nozione di servizio pubblico per individuare regole sull'efficacia della funzione di giustizia.

*1. Ricordando l'Allegato E della legge del 1865 parlando d'altro... per evitare di parlare della probabile fine delle sue devoluzioni al giudice ordinario*

Può di primo acchito apparire singolare che per festeggiare il 150° anniversario della legge di unificazione amministrativa nazionale, ed in particolare dell'Allegato E dedicato all'abolizione del contenzioso amministrativo e perciò alla 'restituzione' al giudice ordinario del potere giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, si siano voluti organizzare una serie di studi e una relazione generale sulle prospettive del processo amministrativo.

Un po' come invitare un astemio ad un convegno sulle prospettive della viticoltura.

Ed infatti il primo impulso è stato di declinare l'invito.

Ma, riflettendo meglio, ho trovato una spiegazione a questa apparente stranezza. Non so se effettivamente coincidente con l'intento degli organizzatori del convegno o se si tratti invece di una di quelle 'razionalizzazioni' che spesso inventano i giuristi sfruttando l'astuzia della ragione.

L'Allegato E è comunemente ricordato come la legge abolitiva del contenzioso amministrativo, ma, oltre a questo connotato distruttivo, l'Allegato ha

anche un contenuto costruttivo: è la legge che devolveva, fatta salva qualche eccezione, il contenzioso nei confronti della pubblica amministrazione al giudice ordinario.

Questa legge, come è noto, è l'unica tra le leggi di unificazione amministrativa nazionale, comprese nell'articolo unico della legge del 1865, giunta integra fino a noi.

Ma per abrogarla, pressoché *in toto*, o, comunque, per modificarla radicalmente, il legislatore, forse per rispetto risorgimentale, non è intervenuto sull'Allegato E della legge del 1865, bensì sulla legge di 'integrazione' del 1889, la quale, come è altrettanto noto, ha aggiunto alla devoluzione al giudice ordinario della tutela dei diritti dei cittadini un processo di cassazione degli atti illegittimi della pubblica amministrazione attribuito alla IV Sezione del Consiglio di Stato e poi esteso, in primo grado, ad una nuova entità organizzativa giudiziale individuata dalla Costituzione repubblicana, i Tribunali Regionali Amministrativi.

Col codice del processo amministrativo del 2010 il legislatore è intervenuto sulla legge del 1889 e sulla legge istitutiva dei TAR trasformando l'originario processo amministrativo di cassazione in un processo *anche* di cognizione, togliendo così ulteriore spazio alla giurisdizione del giudice ordinario, avviando così il processo amministrativo verso il traguardo finale di un unico giudice nei confronti della pubblica amministrazione.

Si potrebbe parlare di 'abrogazione trasversale' o, quanto meno, di forte riduzione dello spazio di operatività, della legge del 1865. Di qui il motivo dell'occuparsi del futuro e delle prospettive del processo amministrativo nel giorno dell'anniversario della legge abolitiva del contenzioso amministrativo e, in particolare, devolutiva al giudice ordinario della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

Ma, prima che qualcuno in sala mi interrompa segnalandomi di aver sbagliato convegno, sarà forse opportuno riassumere in breve da dove sono partiti i legislatori del 1865, che cosa è successo dopo il 1889 e perché il giudice dei conflitti di giurisdizione, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, al presente oscilla fra le conseguenze della 'abrogazione trasversale' della legge del 1865 e la difesa di quel poco che restava al giudice ordinario dopo l'integrazione processuale amministrativa del 1889.

La legge abolitiva del contenzioso amministrativo, restituendo il giudizio nei confronti della pubblica amministrazione al giudice ordinario, lo restituiva, in realtà, a due giudici, il giudice penale e il giudice civile.

Le due devoluzioni vanno tenute distinte.

Vediamole partitamente, anche se in modo, in questa sede, necessariamente succinto.

2. *L'elusione legislativa della devoluzione penale delle contravvenzioni. Principi penalistici e sanzioni amministrative. Una devoluzione di troppo: la disapplicazione in malam partem*

Della prima il presente convegno non se ne occupa, come del resto non se ne occupò il precedente convegno del centenario del 1965.

Entrambi i convegni hanno perso l'occasione di inserirsi autorevolmente in dibattiti di attualità, sia allora, ma soprattutto ora.

Infatti dopo gli anni '60 del precedente secolo scoppiò il problema della disapplicabilità *in malam partem* da parte del giudice penale dell'atto amministrativo componente di una fattispecie penale. È il caso di una attività autorizzata che diventa reato se il giudice accerta, *incidenter*, l'illegittimità dell'atto amministrativo autorizzante. Quando c'è un divieto con riserva di autorizzazione, se si toglie giudizialmente l'autorizzazione disapplicandola, il comportamento vietato diventa un reato... almeno secondo l'interpretazione di qualche giudice penale... Se l'autorizzazione a versare liquami o a stoccare rifiuti è accertata illegittima si è commesso un reato, ancorché 'autorizzato', così come detenere un'arma da guerra se l'autorizzazione a detenerla risulta rilasciata illegittimamente. La disapplicazione *in malam partem* dell'atto amministrativo, è una operazione processuale addirittura espressamente vietata dal codice penale di altri Paesi europei e che ha procurato dure critiche nei confronti del nostro sistema penale. Si tratta, più che di una interpretazione errata della legge del 1865 dopo oltre un secolo dalla sua emanazione, di una interpretazione errata della legge penale che si inserisce nel fenomeno attuale dello 'straripamento' del potere giudiziario nei confronti dell'esecutivo.

Un fenomeno più ampio nell'ambito del quale si è fatto uso dello strumentario giuridico più vario... ivi compresa la legge abolitiva del contenzioso amministrativo.

Ma è nei giorni precedenti a questo convegno che è emerso il vero flop penale della legge del 1865, tanto che su questo tema si tengono addirittura convegni 'contemporanei' al presente convegno.

Si tratta delle bacchettate della Corte europea dei diritti dell'uomo alla disciplina italiana delle sanzioni amministrative.

Ma vediamo di che bacchettate si tratta.

Gli organi del contenzioso amministrativo aboliti dall'Allegato E avevano tutti una competenza 'penale': giudicavano delle 'sanzioni amministrative'.

Abolendo il contenzioso amministrativo con l'Allegato E si attribuivano anche le 'contravvenzioni', cioè le sanzioni amministrative, al giudice ordinario penale. Così infatti recitavano – e tuttora recitano – l'art. 7 e l'art. 8 dell'Allegato E: «sono aboliti i tribunali speciali del contenzioso amministrativo investiti del-

la giurisdizione tanto in materia civile, quanto in materia penale». E poiché l'unica 'competenza penale' dei contenziosi amministrativi riguardava le 'contravvenzioni', cioè le sanzioni amministrative, era ovvio che la legge abolitiva del contenzioso amministrativo 'restituiva' al giudice penale la giurisdizione sulle sanzioni amministrative. Ma ciò contrastava con la logica della 'depenalizzazione' amministrativa che aveva indotto ad attribuire le 'contravvenzioni' al contenzioso amministrativo: liberare il giudice penale dall'esame dei 'piccoli reati' per permettergli di concentrarsi sui reati di maggior peso, sui delitti.

L'ideologia del giudice ordinario custode della libertà del cittadino si scontrava con l'esigenza 'reale' di funzionalità della giustizia penale. La teoria coi tempi della giustizia quando incide sui diritti di libertà. Come rimediare agli indesiderati effetti pratici del ritorno al giudice ordinario affermato per motivi ideologici?

Il rimedio trovato dagli interpreti e dai legislatori posteriori al 1865, fino ai nostri giorni, anziché 'tappare i buchi li ha allargati', tant'è che in maniera ormai ricorrente una Corte internazionale creata per tutelare i diritti fondamentali dell'uomo condanna, talvolta ironicamente, lo Stato italiano per violazione di quei sacri principi affermati da un Autore italiano nell'ormai lontano Settecento per tutte le pene, anche quelle 'amministrative'. Il riferimento al recente caso *Franzo Grande Stevens e altri/Italia*, Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 4 marzo 2014 è evidente.

Ma procediamo con ordine.

Come reagirono gli interpreti e i legislatori alla 'trovata' del legislatore dell'abolizione del contenzioso amministrativo in materia penale?

In due modi tuttora presenti nel nostro ordinamento.

Gli interpreti si ricordarono di come era nato il contenzioso amministrativo nell'ordinamento rivoluzionario francese: per ovviare alla connessione di un atto amministrativo con una obbligazione che avrebbe comportato l'inevitabile giurisdizione del giudice ordinario 'civile' in materia di obbligazioni. Se da una sanzione amministrativa nasceva una obbligazione pecuniaria non si poteva sostenere che l'abolizione del contenzioso amministrativo comportava, nel caso di sanzioni amministrative pecuniarie, una 'devoluzione' alla giurisdizione del giudice ordinario civile?

Fu l'interpretazione generalmente seguita, anche esplicitamente, dal legislatore posteriore al 1865, tanto che oggi c'è addirittura una legge generale sulle sanzioni amministrative recentemente emendate che sposa questa tesi.

Altre leggi dopo il 1865 hanno invece, caso per caso, scelto il corno opposto: l'atto amministrativo e il suo giudice. Se l'obbligazione era 'connessa' ad un atto amministrativo, una volta istituita una giurisdizione sull'annullabilità degli atti amministrativi (nel 1889), la giurisdizione sulle 'contravvenzioni' poteva essere attribuita al giudice amministrativo. E anzi pareva più logico perché

quel che sembrava più soddisfacente per il privato era ed è l'annullamento dell'atto amministrativo che impone la sanzione.

Meglio ancora dopo il 1923 quando fu introdotta la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo secondo la quale in materie previste dal legislatore il giudice amministrativo può giudicare sia dell'atto che dell'obbligazione.

Ma, come si accennava in precedenza, entrambi i corni del dilemma sono spesso e volentieri caduti sotto gli strali di un giudice internazionale che per tutelare i diritti fondamentali dell'uomo va alla sostanza dei problemi: le sanzioni possono essere qualificate penali oppure amministrative, ma sempre di sanzioni si tratta e, per tutelare il diritto di libertà dei loro destinatari, la normativa che le riguarda deve soddisfare alcuni requisiti: deve essere previsto il contraddittorio col soggetto sanzionabile e il giudice della sanzione, qualunque sia la sua natura, anche se formalmente non penale, deve poter conoscere il presupposto di fatto che ha determinato la sanzione. Quanto dire che il giudice delle sanzioni amministrative, chiunque esso sia, deve poter giudicare utilizzando norme come quelle abitualmente previste nei codici di procedura penale a tutela del reo... cioè di norme simili a quelle che erano state previste nei codici di 'processura amministrativa' che regolavano il contenzioso amministrativo (almeno quelli più perfezionati e che erano anche l'espressione di due diversi modelli, quello delle Due Sicilie da un lato e quello parmense dall'altro) per le 'contravvenzioni amministrative' e che la legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo aveva abolito... se e in quanto consentiva, come ha in realtà consentito, un 'ritorno' ad un giudice non penale per quanto attiene alle sanzioni amministrative.

Per concludere la devoluzione della legge del 1865 al giudice penale ha procurato qualche dispiacere a Beccaria permettendo ai giudici ordinari di inventare reati non previsti e al legislatore di dimenticarsi che quando regola le sanzioni amministrative è pur sempre un legislatore penale tenuto a rispettare i principi de «delitti e delle pene».

### *3. La comparsa di un nuovo giudice: il giudice degli interessi*

E la cosa non è andata meglio con la devoluzione al giudice ordinario dei diritti civili. Anzi è andata peggio.

Quando si passò dal contenzioso amministrativo al giudice ordinario civile ci si rese conto di che cosa significava quel che aveva scritto nel 1815 l'imperatore d'Austria Francesco I ad un suo plenipotenziario a proposito dell'ordinamento da dare all'instaurando ducato da attribuire alla figlia Maria Luigia o, in linea teorica in Francia, il duca di Broglie, nel 1828, per quello che doveva essere l'elemento caratterizzante della Costituzione di una monarchia liberale: i diritti dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione dovevano esse-

re tutelati dal giudice ordinario, mentre ogni possibile attività del potere esecutivo che non incidesse sui diritti del cittadino era per il cittadino giuridicamente irrilevante e perciò libera da possibili censure giudiziarie. I rivoluzionari belgi, che nel 1831 avevano tradotto in precetti costituzionali le idee 'liberali' del duca di Broglie, nel 1864 se ne erano già pentiti e si apprestavano a ritornare al napoleonico contenzioso amministrativo, ma la cosa non era nota evidentemente ai deputati del Parlamento torinese, né al governo sabauda che, apprestandosi a traslocare a Firenze, aveva tradotto in legge un disegno di legge pendente in Parlamento sull'abolizione del contenzioso amministrativo.

I belgi, come gli italiani dopo il 1865, si accorsero dopo un po' che l'abolizione del contenzioso amministrativo aveva un difetto: si riferiva soltanto ai diritti dei cittadini e che, al di fuori dei diritti, non c'era giustizia. Che fare? Ritornare al contenzioso amministrativo, come faranno più tardi i belgi modificando la Costituzione del 1831, mettendo assieme i diritti connessi con un atto amministrativo a qualunque tipo di rapporto del cittadino con la pubblica amministrazione?

I diritti 'civili' erano quelli delle obbligazioni connesse con atti amministrativi, come le imposte, il debito pubblico, la vendita dei beni demaniali, la proprietà nelle espropriazioni, ma non si potevano individuare diritti in correlazione a concorsi pubblici, avanzamenti di carriera degli impiegati pubblici, scioglimenti di consigli comunali, nomine pubbliche, o dinieghi a stare in giudizio nei confronti di enti locali, tutti atti amministrativi ai quali si era ben presto esteso l'abolito contenzioso amministrativo dopo l'iniziale sottrazione al giudice ordinario delle obbligazioni connesse con un atto amministrativo.

Quando si scoprì che i governi-partitici potevano anche cadere nella tentazione di governare con atti illegittimi incensurabili, se e in quanto non incidessero su diritti dei singoli cittadini, qualcuno cominciò a pensare di essere caduto in una trappola abilmente tesa per giustificare un potere dispotico dell'Esecutivo ogni qualvolta non incidesse sui diritti patrimoniali dei cittadini o su quei pochi diritti politici riconosciuti in uno Stato a rappresentanza limitata. A un potere ben più dispotico di quello che i 'liberali' imputavano a Napoleone e ai suoi epigoni.

Chi aveva accusato le istituzioni napoleoniche di essere funzionali al dispotismo imperiale aveva costruito un Esecutivo potenzialmente dispotico...

Ma l'antidoto italiano non fu il ritorno al contenzioso amministrativo. La soluzione fu una soluzione originale. Una creazione *ex novo*.

Non si toccò la legge abolitrice del contenzioso amministrativo, *si aggiunse un nuovo giudice al giudice dei diritti del cittadino*, che rimaneva, e rimane, il giudice ordinario. Si aggiunse un giudice per l'annullamento degli atti amministrativi illegittimi, individuato in una sezione del Consiglio di Stato creata *ad hoc* e che, all'inizio, si dubitava persino se fosse un giudice.

Poco importa come ci si arrivò e perché. E comunque in più di un secolo la vicenda è stata raccontata numerose volte. Quelli che contano sono gli effetti conformativi impressi al diritto amministrativo del nuovo Regno e, giù per li rami, al diritto amministrativo italiano.

Le impronte indelebili sono due, di cui una esclusivamente italiana e decisamente più originale:

1. se si manteneva in vita il giudice dei diritti, quello ordinario, il nuovo giudice doveva evidentemente tutelare qualche altra situazione giuridica soggettiva. Sulla scorta di quel che aveva scritto in teoria il Duca di Broglie e che, parafrasandolo, aveva detto alla Camera sabauda il relatore della legge abolitiva Pasquale Stanislao Mancini in occasione della discussione del disegno di legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo nel 1864, il non diritto fu definito interesse, chiamato legittimo perché riferito all'esercizio del potere amministrativo 'secondo legalità';
2. la nuova forma di tutela aggiunta alla tutela dei diritti del cittadino da parte del giudice ordinario consisteva nell'impugnazione, onde ottenerne l'annullamento, degli atti della pubblica amministrazione ritenuti illegittimi, cioè realizzati attraverso un uso illegittimo del potere amministrativo. Evidente il modello del processo di cassazione della sentenza, cioè di un altro atto tipico dell'esercizio di un 'potere parallelo'.

Vediamo sinteticamente questi caratteri originali che fanno il diritto amministrativo italiano diverso dai diritti amministrativi degli altri Stati a diritto amministrativo o almeno diverso in alcuni istituti essenziali.

#### *4. Gli interessi legittimi si espandono a danno dei diritti soggettivi e limitano la devoluzione al giudice ordinario civile*

La distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi, ancorché non enunciata nella legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, divenne subito un elemento caratterizzante del diritto amministrativo del nuovo Regno d'Italia perché permetteva di distinguere la giurisdizione del vecchio giudice, il giudice ordinario dei diritti, da quello nuovo aggiunto per permettere l'annullamento degli atti amministrativi illegittimi.

Inizialmente, come è noto, si prospetta la tesi che anche i titolari di diritti soggettivi potessero chiedere alla IV Sezione del Consiglio di Stato l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo, unica cosa prevista dalla reticente legge del 1889, «facendo valere il diritto soggettivo come interesse legittimo», il che avrebbe reso irrilevante la distinzione fra le due situazioni giuridiche soggettive. Ma tale tesi fu respinta perché avrebbe potuto determinare conflitti di giudicati fra giudici diversi e prevalse, giudizialmente, la tesi della necessaria connes-

sione fra *petitum* e *causa petendi*: l'annullamento dell'atto poteva essere chiesto soltanto dal titolare di un interesse legittimo. La soluzione, come è noto, fu sanzionata da un accordo stipulato fra i Presidenti delle due Corti, la Cassazione e il Consiglio di Stato, sul tavolino di uno storico caffè... Che fosse riportata su di un tovagliolo è controverso...

E che succedeva quando un diritto era connesso ad un atto amministrativo? Al caso dell'obbligazione connessa ad un atto amministrativo o alla proprietà incisa da un provvedimento amministrativo? Cioè alle ipotesi che avevano dato luogo all'«invenzione» del contenzioso amministrativo napoleonico e preunitario e che avevano indotto i «liberali» del neonato Regno d'Italia ad abolire il contenzioso amministrativo e a «ripristinare» la giurisdizione del giudice ordinario?

La soluzione naturale sarebbe stata che, poiché c'erano dei diritti, sarebbe continuata la giurisdizione del giudice ordinario, del giudice civile, e che l'atto amministrativo connesso sarebbe stato disapplicato dal giudice ordinario, così come previsto dalla legge del 1865.

Ma così non fu.

L'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo era ben più soddisfacente della «disapplicazione» dell'atto fatta *incidenter* da un giudice ordinario e dottrina e giurisprudenza fecero a gara nel trovare un modo per affermare che, nonostante il diritto, un interesse legittimo che permettesse un'azione di annullamento c'era comunque: l'atto, in quanto espressione di una autorità, di quella parte di sovranità esercitata dal potere esecutivo, degradava il diritto ad interesse, rendeva il diritto «affievolito», un interesse in attesa di riespandersi in diritto dopo aver ottenuto l'annullamento dell'atto amministrativo lesivo o comunque creava uno schermo fra il diritto e la sua tutela giudiziale, l'interesse legittimo, che impediva l'esercizio del diritto.

E poco importava che non tutti gli atti amministrativi potessero definirsi autoritativi in quanto forme di esercizio della sovranità dello Stato e che molti atti amministrativi fossero semplicemente tipici, cioè espressione dell'esercizio di un potere regolato da una norma nell'attribuzione e nell'esercizio. Quel che rilevava era giustificare l'esistenza, non di un diritto, ma di un interesse legittimo che «legittimasse» un'azione di annullamento dell'atto diretta al giudice amministrativo.

Ed ebbe così inizio una commedia giuridica che come succede nei vecchi teatri ogni tanto viene replicata: era opinione diffusa che gli interessi fossero inferiori ai diritti, qualcosa di meno dei diritti, ma tutti andavano alla ricerca non dei diritti, ma degli interessi legittimi, «degradando» i diritti o addirittura negandoli in pro degli interessi, perché gli interessi legittimi «legittimavano» un'azione di annullamento dell'atto amministrativo lesivo. Il giudice amministrativo risultava essere un giudice con meno poteri di un giudice ordinario... asso-

migliava ad un giudice di Cassazione, non a quel giudice ordinario di cognizione che, secondo la legge del 1865, tutelava i diritti.

Ma tutti, i cittadini per primi, non solo i giuristi, preferivano gli interessi legittimi ai diritti, il Consiglio di Stato al giudice ordinario... e ‘facevano salti mortali logici’ per giustificare l’esistenza di interessi legittimi e ridurre il più possibile i diritti...

Non era certamente un risultato entusiasmante per i liberali risorgimentali che avevano criticato il ‘dispotismo’ napoleonico e quello dei suoi imitatori negli Stati preunitari della Restaurazione!

Dopo l’ossequio ai diritti, si preferivano gli interessi legittimi: uno Stato autoritario che ‘degradava e/o affievoliva’ i diritti ad una democrazia fondata sui diritti dei cittadini tutelabili di fronte al giudice ordinario.

La libertà del 1865 era stata soppiantata dallo Stato autoritario del 1889! C’è persino qualcuno che ancora oggi lo dice seriamente.

Ma che cosa erano – e che cosa sono – questi interessi legittimi?

Vien da dire dei diritti dimenticati nel 1865...

Si tratta della pretesa del cittadino che il potere amministrativo venga esercitato legalmente nel caso in cui incide su di un interesse o possa essere anche soltanto rilevante per l’interesse del cittadino. Se il potere esecutivo deve essere esercitato secondo norme, interessi legittimi nei cittadini possono essere identificati in occasione dell’esercizio di ogni potere amministrativo o in occasione di ogni pretesa a che un potere amministrativo venga esercitato legittimamente in relazione ad un proprio interesse.

Il fenomeno appare in tutta la sua evidenza se lo si guarda alla rovescia, non dal cittadino, ma dal potere: ci si riferisce alla nota classificazione di Guicciardi secondo la quale alle norme di azione corrisponderebbe l’interesse legittimo e alle norme di relazione, anche fra la p.a. e i terzi, i diritti soggettivi; tesi sviluppata e precisata da Capaccioli con gli schemi norma-potere-fatto, norma-fatto, dove al primo corrisponde un interesse legittimo e al secondo un diritto.

Ma se è così, se si tratta semplicemente di un diritto soggettivo ad oggetto diverso, valeva la pena di impiantare un riparto di giurisdizione sulla distinzione fra diritto soggettivo ed interesse legittimo, risultato inevitabile dell’aggiunta di un giudice di cassazione dell’atto amministrativo al giudice ordinario dei diritti previsto dalla legge abolitiva del contenzioso?

Non bastava attribuire la tutela anche di ‘questo diritto del cittadino’ al giudice ordinario?

Perché no lo aveva già spiegato chiaramente all’imperatore Francesco I il suo plenipotenziario nel Ducato di Parma: «[...] dietro ogni reclamo verso l’amministrazione vi era “un fatto del governo”, perciò la magistratura ordinaria “esa-

minando e giudicando l'operazione del governo, diventerebbe col fatto un corpo superiore al governo stesso" [...].».

Ci voleva sì un giudice per i 'reclami contro la pubblica amministrazione', ma interno allo stesso potere esecutivo e comunque diverso dal giudice ordinario che, conoscendo dell'atto amministrativo, sarebbe 'straripato' nel potere esecutivo.

Ma questi 'reclami' potevano coinvolgere 'diritti'. L'esigenza di istituire un 'contenzioso amministrativo' era nata, *ab initio*, in seguito all'esigenza di risolvere casi di *connessione* fra diritti e atti amministrativi, che di per sé avrebbero comportato la giurisdizione, parziale o totale, del giudice ordinario (il debito pubblico, le imposte, le sanzioni pecuniarie, la vendita di beni nazionali, l'appalto di opere pubbliche e di forniture all'esercito, l'espropriazione per pubblica utilità). Ne segue che il riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e organi del contenzioso amministrativo non poteva essere fondato sulla distinzione fra diritti ed interessi legittimi, a meno di non negare ogni tutela agli interessi legittimi definendo insindacabili gli atti della pubblica amministrazione, come volevano gli abolizionisti 'liberali', oppure 'degradando' i diritti connessi ad atti amministrativi ad interessi legittimi come accadde progressivamente ad opera di dottrina e giurisprudenza dopo l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato nel 1889.

Per uno strano gioco delle parti chi aveva escluso ogni possibile forma di tutela nei confronti dell'esercizio arbitrario del potere esecutivo era stato considerato un liberale e chi aveva introdotto l'annullabilità giudiziale degli atti amministrativi illegittimi un despota autoritario perché tutelava non i diritti, ma gli interessi legittimi... Ma così talvolta succede nelle commedie anche istituzionali... Una commedia a rappresentazione continuata perché l'individuazione dell'interesse legittimo diventò il criterio per il riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo. Un criterio esclusivamente italiano, non perché sia ignota, anche in altri ordinamenti, la figura della pretesa all'esercizio legittimo di un potere, pubblico e privato che sia, ma perché solo nell'ordinamento italiano l'interesse legittimo è stato assunto a criterio di riparto di giurisdizione con riferimento all'esercizio del potere amministrativo. Un particolare che anche i più recenti "difensori" dell'interesse legittimo evitano di raccontarle.

Ma di diritti ad oggetti differenziati ce ne sono tanti (basti citare i diritti reali e i diritti di credito...) e ci potevano stare anche questi in uno Stato dove i cittadini hanno diritti... non innati, ma riconosciuti da norme statali... L'interesse legittimo altro non è che il diritto al legittimo esercizio del potere... e, se si tratta del potere amministrativo, dopo il 1889 in Italia il diritto al legittimo esercizio del potere amministrativo ebbe un giudice tutto suo, differenziato da quello 'normalmente previsto' per altri diritti soggettivi.

5. *Il punto di rottura del sistema: risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo. Dopo la risarcibilità ritorna la devoluzione del 1865. Il compromesso del codice del processo amministrativo del 2010*

Sembrerebbe una questione classificatoria... e come tale irrilevante in sede scientifica. Sennonché è stato estremamente rilevante in sede pratica.

In effetti la scelta di fondare il riparto di giurisdizione sulla 'espansiva' nozione di interesse legittimo, affermata differenziata dal diritto soggettivo, ha provocato delle conseguenze, delle quali una piuttosto grave a danno del cittadino, tanto da rappresentare per lungo tempo una 'inciviltà' esclusiva dell' 'impostazione amministrativa' italiana.

La dicotomia interesse legittimo-giudice amministrativo, diritto soggettivo-giudice amministrativo, diritto soggettivo-giudice ordinario portava ad una inevitabile logica conseguenza: che non ci potesse essere un'azione di responsabilità patrimoniale nei confronti della p.a. nell'ipotesi in cui il danno derivasse dalla lesione di un interesse legittimo. Se il giudice amministrativo era un giudice di cassazione di atti amministrativi illegittimi, cioè un giudice di solo annullamento, tale giudice non poteva certamente risarcire danni, cioè giudicare su di una obbligazione della pubblica amministrazione. Il giudice delle obbligazioni era il giudice ordinario, ma nei confronti delle p.a., esso poteva giudicare della violazione di diritti soggettivi, non di interessi legittimi.

La logica aristotelica non sembrava lasciare scampo. Il massimo che si riuscì ad inventare fu la doppia tutela nei casi di 'degradazione' di un diritto ad un interesse legittimo: quando il diritto si 'riespandeva' a seguito dell'annullamento dell'atto amministrativo da parte del giudice amministrativo il diritto 'riemerso' poteva essere tutelato di fronte al giudice ordinario e perciò il ricorrente poteva rivolgersi a quest'altro giudice per chiedere il risarcimento del danno essendo la responsabilità della p.a. fonte di una obbligazione.

Come facesse uno stesso atto (o atto qualificato come fatto fonte di responsabilità) a ledere in successione, prima un interesse legittimo e poi un diritto soggettivo, rimaneva misterioso, ma si trattava di un mistero... a fin di bene, che rimediava, almeno in parte, alle inesorabili conclusioni alle quali portava il necessario rapporto fra *petitum* e *causa petendi* come criterio di riparto di giurisdizione.

Una soluzione non solo parziale, perché non tutti gli interessi legittimi erano il risultato di una 'degradazione o di un affievolimento', basti pensare ai danni subiti da chi aveva partecipato ad un concorso pubblico poi revocato o annullato dalla p.a. a prove espletate, ma anche dispendiosa in tempo e danaro, perché, dopo aver ottenuto l'annullamento di un atto da un giudice amministrativo, bisognava ricominciare da capo per il risarcimento di fronte ad un giudice ordinario. Tenuto conto dei gradi di giudizio i tempi rischiavano qualche con-

tatto con l'eternità'... tali da scoraggiare l'esercizio anche della 'seconda tutela', che era in effetti 'praticata' più sulle riviste giuridiche che nei tribunali.

Questo mondo geometrico parve crollare all'avvento del secondo millennio quando, dietro la spinta di una direttiva comunitaria e di sentenze della Corte di Giustizia della Comunità europea che enunciavano l'elementare principio che, se c'era un danno, chi l'aveva causato doveva risarcirlo, anche se il responsabile era la pubblica amministrazione, la Corte di cassazione con la sentenza n. 500 del 1999 riconobbe di essersi 'sbagliata' per circa un secolo: il danno, anche se risultante dalla lesione di un interesse legittimo, andava risarcito e chi era competente a risarcirlo era il giudice ordinario.

La logica aristotelica veniva violata, ma i logici si presero subito la rivincita: se il giudice ordinario aveva giurisdizione sul risarcimento dei danni da lesione di un interesse legittimo eravamo tornati al 1865, alla legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo, ancora vigente ancorché fino a quel momento un po' trascurata. Poiché in corrispondenza a pressoché ogni provvedimento amministrativo, se illegittimo, si poteva individuare un qualche danno, diventava conveniente, o comunque possibile, ricorrere al giudice ordinario con un'azione di responsabilità anziché al giudice amministrativo con una azione di annullamento del provvedimento, poiché la 'disapplicazione' del provvedimento asserito illegittimo, cioè l'accertamento della sua illegittimità, poteva essere chiesta entro il termine di prescrizione proprio dell'azione di risarcimento del danno. Dopo di che fu messa in scena un'altra commedia dottrinale e giurisprudenziale denominata 'pregiudiziale amministrativa'.

Contro il ritorno all'abolizione del contenzioso amministrativo, al 1865, si obiettò che l'azione di responsabilità era esperibile solo dopo che il giudice amministrativo aveva appurato la illegittimità dell'atto, cioè la causa del danno. Quanto dire una variante, aggiornata al danno da lesione di interesse legittimo, della teoria della doppia tutela: prima l'annullamento dell'atto e poi il risarcimento del danno da parte di due giudici diversi.

E poco importava se tale tesi urtava contro il dettato dell'art. 4 della legge del 1865: la disapplicazione dell'atto amministrativo è un fatto incidentale ad un processo che prende inizio da un'azione legittimata dall'esercizio di un diritto... entro un termine di prescrizione come accade per tutti i diritti...

Non è il caso di intrattenersi sulle teorie prospettate dai due partiti, la Cassazione e i processualisti civili da un lato e il Consiglio di Stato e gli amministrativisti dall'altro, perché la contesa ha trovato una composizione nel codice del processo amministrativo del 2010 attraverso il solito sistema mediante il quale vengono composte dal legislatore, dal 1923 in poi, queste liti 'di confine' fra le due giurisdizioni, quella ordinaria e quella amministrativa: attraverso l'attribuzione esclusiva al giudice amministrativo della giurisdizio-

ne in merito alla responsabilità della p.a. per danno provocato dalla lesione di un interesse legittimo.

Ma con una variante rispetto alla normale tutela in materia di responsabilità per danni: il termine per esercitare l'azione di responsabilità non è di prescrizione, come l'azione di responsabilità per lesione di diritto soggettivo di fronte al giudice ordinario, ma di decadenza, come nel processo di annullamento di fronte al giudice amministrativo (ancorché 'allungato' a 120 giorni). Una disparità di trattamento fra diritto soggettivo e interesse legittimo che è facile prevedere finirà di fronte alla Corte costituzionale o alla Corte di Strasburgo per la tutela dei diritti dell'uomo... Per la Corte costituzionale è già in viaggio un'ordinanza di remissione del TAR Piemonte... dopo il fallimento di altri tentativi per motivi formali o procedurali... Che parta da Torino come la legge abolitiva del contenzioso ha forse anche un valore simbolico...

Così è stato per il momento composto il conflitto fra diritti soggettivi e interessi legittimi e cioè fra giudice ordinario e giudice amministrativo a proposito della responsabilità per danni da lesione di un interesse legittimo.

E il giudice amministrativo si è appropriato delle giurisdizioni sulla responsabilità per danno da lesione di interesse legittimo, una giurisdizione presto estesa dalla Cassazione ad un altro giudice amministrativo speciale, il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche. Al che qualche comparatista a questo punto potrebbe storcere il naso. Ma non è la stessa logica che spinse, in Francia, il Tribunale dei Conflitti ad attribuire al giudice amministrativo, al Consiglio di Stato, di conoscere dell'intera azione di responsabilità per danni al cittadino da parte della pubblica amministrazione col famoso, e risalente, *arrêt Blanco*?

Talvolta la logica delle cose è inesorabile...

#### *6. Un processo di impugnazione che diventa anche un processo di cognizione. Conseguenze*

L'altro effetto indelebile della legge integrativa del 1889 fu la configurazione del diritto amministrativo per atti. Basta scorrere l'elenco degli studi monografici dedicati dalla dottrina italiana a singoli atti amministrativi nei primi decenni del Novecento, cioè contemporaneamente allo sviluppo della giurisprudenza della IV Sezione del Consiglio di Stato.

Se non si individuava un atto lesivo, non si poteva impugnarlo di fronte ad un giudice. E se l'unico processo amministrativo previsto era un processo di impugnazione di un atto senza il quale non si dava inizio al processo, il processo amministrativo era necessariamente un processo di cassazione nel quale ben presto furono accettate censure sugli *errores in procedendo*, cioè su vizi intervenuti nel procedimento che aveva portato all'emanazione dell'atto, ma non certamen-

te un processo di cognizione nel quale far valere anche pretese diverse da quelle di annullamento di un atto amministrativo come poteva accadere nel 'contenzioso amministrativo' abolito con la legge del 1865.

Bisognerà aspettare il codice del processo amministrativo del 2010 e le Adunanze Plenarie del Consiglio di Stato che lo hanno interpretato per veder riconosciute come possibili azioni diverse da quelle di annullamento.

Prima, in vigenza della legge del 1889, erano state spese delle fantasie esclusivamente italiane sul modo migliore di raddrizzare le gambe ai cani... cioè di trasformare un processo di cassazione in un non previsto processo di cognizione.

Ci si riferisce alle invocazioni al processo sul rapporto giuridico fra cittadino e pubblica amministrazione che, se non previsto, non era ricostruibile per magia... giuridica. Magari trascinando in giudizio tutte le amministrazioni intervenute nel procedimento, oltre a quella che aveva emanato l'atto. Si malignò persino che gli studiosi del diritto amministrativo non sapevano fare anche i processualisti... cioè l'inverso di quel che avevano fatto grandi processualisti civili come Mortara e Cammeo... che invece avevano fatto anche gli amministrativisti.

Forse bastava finalmente riconoscere che bisognava ritornare al contenzioso amministrativo anteriore alla legge abolitiva del 1865... ma per non ammetterlo è stata paradossalmente modificata la legge del 1889... emanando il codice del 2010. Prendendo atto di ciò c'è persino negli studi settoriali una omelia sui costi del mantenimento formale del sistema dualistico...

E molto opportunamente allora gli organizzatori del convegno si sono posti il problema di quale futuro ci aspetta dopo l'emanazione del codice... Oltre alla 'commemorazione' della legge del 1865 in senso proprio, cioè agli effetti 'estintivi' di quel poco che resta della legge devolutiva del contenzioso al giudice ordinario, quali saranno gli effetti della processualizzazione ordinaria del processo amministrativo?

### *7. Le indagini sul futuro delle novità codicistiche...*

Come emerge dalla relazione generale e dai singoli e approfonditi studi che hanno preceduto la relazione generale le prospettive per il futuro riguardano la caduta degli steccati fra tipologie di azioni esperibili nei confronti della pubblica amministrazione di fronte al giudice amministrativo, se ogni pretesa del cittadino può esser fatta valere di fronte al giudice amministrativo.

Anche se l'azione di annullamento rimarrà l'azione regina del processo amministrativo altre azioni, anche innominate, potranno e possono apparire secondo l'imprevedibile contenuto delle pretese. La relazione generale di Comporti ha ricostruito in proposito il 'navigar pittoresco' delle Adunanze Plenarie del Consiglio di Stato (v. G.D. Comporti, *Dalla giustizia amministrativa come po-*

tere alla giurisdizione amministrativa come servizio, in questo volume), ma, soprattutto, delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, fra le pretese che il cittadino può far valere nei confronti della pubblica amministrazione al di fuori e in aggiunta al classico annullamento dell'atto amministrativo.

Quel che emerge è la progressiva concentrazione nel giudice amministrativo della tutela del cittadino nei confronti della p.a. e, conseguentemente, della perdita di rilievo della 'storica' distinzione fra diritto soggettivo ed interesse legittimo. L'ammissibilità della *traslatio iudicii* fra i due giudici, ordinario e amministrativo, riconosciuta dalla Corte Costituzionale, ne ha rappresentato il definitivo 'viatico', tanto per continuare nell'uso di una terminologia più suadente di quella giuridica.

L'importante, in questa rassegna di giurisprudenza, è non perdersi nei dettagli, nelle particolarità degli *obiter dicta*, nei piccoli dispetti fra un giudice e l'altro.

Comporti ha invece messo bene in rilievo la tendenza logica ineluttabile alla concentrazione nel giudice amministrativo del processo di cognizione nei confronti della pubblica amministrazione.

Un processo che si è inserito anche negli spazi che, in passato, erano esclusivamente quelli di un processo di cassazione. L'impugnazione dell'atto può essere solo il pretesto per accertare un rapporto o per chiedere la condanna ad un *facere*. La completa processualizzazione del codice ormai permette anche quel che prima era considerata una contraddizione.

Se nella completa processualizzazione nel processo amministrativo l'elemento qualificante è la pretesa che si vuol far valere in giudizio, la distinzione fra diritto soggettivo e interesse legittimo perde rilievo: in tutti i casi in cui non c'è stato l'esercizio di un potere, o non si pretende l'esercizio di un potere, non è neppure possibile parlare di interesse legittimo. Ne manca l'oggetto. Mentre c'è l'oggetto identico a quello di una situazione giuridica soggettiva normalmente definita diritto soggettivo.

Il diritto soggettivo può avere i più diversi contenuti e, se per caso di pretese che la pubblica amministrazione prima o dopo eserciti il potere in un determinato modo, lo si può chiamare interesse legittimo, senza apprezzabili differenze rispetto alla nozione di diritto soggettivo che emerge dalle pretese che non hanno per oggetto l'esercizio di un potere.

Come dire che l'aver esteso il processo di cognizione al processo amministrativo, in aggiunta a quello di annullamento, porta alla concentrazione nel giudice amministrativo del contenzioso riferibile ad ogni possibile pretesa del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, come del resto accadeva negli antichi contenziosi amministrativi 'aboliti' dalla legge del 1865. Come dire *lupus in fabula*: modificando la legge del 1889 si è in realtà modificato quella del 1865.

Ma la relazione generale, riprendendo gli studi di settore, ha voluto andare al di là degli indirizzi giurisprudenziali già emersi... prospettare anche delle profezie sugli effetti che le norme del nuovo processo disegnato dal codice produrranno.

Che delle norme processuali possano avere degli effetti magari imprevisi o addirittura non desiderati lo abbiamo già visto a proposito della degradazione dei diritti in interessi legittimi provocata dalla legge del 1889.

Ci sia consentita qualche marginale osservazione su alcune di queste profezie.

*8. Novità sull'istruttoria. Il problema della conoscibilità del fatto da parte del giudice amministrativo. Perplessità sull'uso della nozione di servizio pubblico per individuare regole sull'efficacia della funzione di giustizia*

L'introduzione di un processo di cognizione generalizzato, o anche soltanto integrativo di un processo di impugnazione, pone un problema di istruttoria. Nel processo di cognizione risulta essenziale conoscere il fatto. Qui la «[...] vera scienza riposa sui fatti», per dirla con l'inedito Romagnosiano della Palatina (su cui v. Ghiringhelli, 2002: 120 che ne ha anche curato la edizione). Una esigenza diventata di particolare attualità a seguito della tendenza della normativa comunitaria di imporre alle legislazioni nazionali di prevedere che l'emanazione di determinati provvedimenti amministrativi avvenga previo accertamento dell'esistenza di determinati presupposti di fatto. Atteso che almeno in determinati giudizi il giudice deve necessariamente conoscere il fatto è adeguata l'attuale previsione processuale che lascia alla facoltà del giudice scegliere fra la tradizionale istruttoria cartolare e la nomina di consulenti, sia nella forma della verifica da parte di un'altra amministrazione, sia nella forma della consulenza tecnica d'ufficio nelle forme in uso nel processo civile o penale?

Un uso ampio ed indiscriminato della consulenza tecnica rallenterebbe inevitabilmente l'esito di un giudizio che per la sua natura ha bisogno di tempi brevi, almeno tendenziali, mentre la comparazione fra l'uso e il non uso della consulenza tecnica o l'uso tendenziale che talvolta se ne fa nel processo penale attraverso la scelta di consulenti 'tendenzialmente' predisposti all'accertamento di un reato, può portare a soluzioni decisorie completamente diverse. La recente alluvionale giurisprudenza sulla sottoscrizione di strumenti finanziari derivati da parte di enti locali ne costituisce un esempio. Sentenze emesse a seguito di una istruttoria meramente cartolare hanno cambiato di segno in appello dopo una consulenza tecnica qualificata che ha tradotto il fatto nei suoi esatti termini. Così come qualche funzionario pubblico è stato condannato da qualche giudice penale che si era avvalso di un consulente tecnico 'ideologicamente' orientato. La scelta del perito è qualche volta l'arma vincente del pubblico ministero ideologicamente orientato o, come si dice oggi, affetto da precognizio-

ne. Naturalmente tali fenomeni si aggravano nella misura in cui le tecniche di verifica del fatto non sono dipendenti da scienze esatte o da scienze non caratterizzate dalla ripetizione sperimentale o ancora peggio da scienze soltanto prognostiche.

Come successe un tempo per l'eccesso di potere, è da un attento esame della giurisprudenza che si possono ricavare le regole. I sintomi di Papaldo sono stati per lungo tempo il 'breviario' di giudici ed avvocati. Lucattini ha fatto un'operazione simile per la consulenza tecnica (v. S. Lucattini, *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: per una specialità di servizio*, in questo volume). Per la conoscenza del fatto dopo il nuovo processo di cognizione introdotto dal codice del 2010. Perché la consulenza tecnica è stata frequentemente utilizzata in determinati settori e non in altri che pur hanno caratteristiche simili. Perché per i provvedimenti antitrust sì e per i provvedimenti di altre autorità indipendenti quasi mai, pur in presenza di presupposti di fatto addirittura identici? Perché per determinati provvedimenti, ad esempio le sanzioni amministrative, la conoscenza del fatto risulta indispensabile e per altri si ritiene che bastino le risultanze cartolari?

Se si riesce a ricostruire una 'ragnatela' di criteri, come ha tentato di fare con grande abilità Lucattini, si toglie la discrezionalità dall'arbitrio e si evita di invocare regolamentazioni rigide che non potrebbero che incidere negativamente sulla tempestività e l'efficienza di un processo dal quale si attendono risposte ragionevoli su questioni, per loro natura, mai lasciate alle disponibilità delle parti.

In realtà Lucattini, con la sua ricerca, ha messo le mani in un vespaio: non solo ha evidenziato la necessità di studiare la consulenza tecnica in relazione alle caratteristiche particolari del nuovo processo amministrativo introdotto dal codice del 2010, ma ha anche attirato l'attenzione sull'opportunità che prima o poi qualcuno riscriva anche con riferimento al processo amministrativo, Biondi, 1935, estendendo al giudice amministrativo quel che all'epoca era un confronto fra la discrezionalità del giudice ordinario e la discrezionalità della pubblica amministrazione, magari riprendendo temi già trattati da Cammeo, Ranelletti e De Francesco. Per riassumere in poche parole: ora non si tratta più di differenziare il giudice ordinario dalla pubblica amministrazione nella conoscenza del fatto, ma di trovare delle regole per procedere alla conoscenza del fatto anche da parte del giudice amministrativo.

Firenze è il luogo propizio per ricordare l'opera di Biondi e per auspicare che qualcuno attualizzi il suo lavoro sollecitato dalle problematiche che stanno emergendo dal diritto amministrativo.

All'opposto non si può non esprimere qualche perplessità sul criterio proposto per affrontare l'altro problema di fondo posto da un processo amministrativo ordinario e generalizzato o, se si vuole usare una terminologia già ini-

ziatica, dalla devoluzione del processo ordinario al giudice amministrativo anziché al giudice ordinario come prevedeva la legge del 1865: il problema dell'efficienza del processo.

Se qualunque pretesa del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione può essere dedotta di fronte al giudice amministrativo il contenzioso aumenta e il tempo può rendere ingiusta qualunque risposta del giudice o, al limite, la risposta può addirittura mancare. L'arretrato e la quantità delle periodiche perenzioni sono la misura di un fenomeno che potrebbe aumentare in maniera esponenziale a seguito del carattere ordinario del processo amministrativo ormai codificato dal codice del 2010, così come interpretato dalle numerose Adunanze Plenarie intervenute dopo la sua emanazione.

La soluzione per dare efficienza al processo amministrativo divenuto ordinario, cioè tornato ad essere un contenzioso amministrativo nella forma, ma non nella sostanza, atteso l'aumento delle funzioni amministrative e dei cittadini attivi anche nel contenzioso, è indicata nella nozione di servizio pubblico e nelle regole dedotte da tale nozione. Solo che dalla nozione di servizio pubblico non sembra sia possibile trarre delle regole di efficienza processuale.

Non dalla generale e generica nozione di servizio pubblico derivata dalla dottrina francese, per la quale, pur con accenti diversi, anche la giustizia è un servizio pubblico. A giudicare dallo stato della giustizia ordinaria civile e penale non sembra che dalla nozione di servizio pubblico applicata alla funzione di giustizia dello Stato siano state ricavate, per interpretazione, regole efficientistiche.

Se poi si ricorda, proprio in questa sede, un famoso studio di Capaccioli dedicato agli elementi differenziali fra le nozioni di servizio pubblico, economicità ed impresa, direi che non sia proprio il caso di puntare sulla nozione di servizio pubblico per dare efficienza al nuovo processo amministrativo 'ordinario'.

Mi si potrebbe obiettare che il diritto comunitario ha elaborato una nozione specifica di servizio pubblico, il servizio pubblico universale, e che si potrebbe provare ad attrarre la giustizia, almeno quella amministrativa, in tale nozione.

Ma è proprio la nozione di servizio pubblico universale che esclude definitivamente che la 'pista' del servizio pubblico sia battibile per dare efficienza al processo amministrativo o, quanto meno, per individuare delle regole finalizzate alla efficienza.

La nozione di servizio pubblico universale ha come termine di riferimento l'utente marginale al quale il servizio deve essere prestato a prezzo 'politico', con obbligo di addebitare il differenziale, direttamente o indirettamente, agli altri erogatori del servizio.

Se si tiene conto che, per disincentivare l'aumento del numero degli utenti 'marginali', determinato dal 'processo amministrativo' ordinario, si è ricorsi all'aumento dell'imposizione fiscale sugli atti giudiziari e alla conformazione

al processo ordinario nella condanna alle spese di lite, escluderei che dalla nozione di servizio pubblico universale sia estraibile qualche regola efficientistica.

Regole certamente opportune, e forse anche necessarie, ma che vanno ricercate in altre direzioni... anche in studi profetici...

Magari in prescrizioni che vadano oltre quelle previste per la sentenza semplificata, prevedendo differenziazioni fra la retorica della sentenza e quella della 'giustificazione dottrinale'... Magari ricollegandosi alla logica dell'antico divieto di citazioni dottrinali...

Le ricerche di Caranta e della Pagni (v. R. Caranta, *I paradigmi europei di efficienza della tutela in via amministrativa e i principi sovranazionali in materia di giurisdizione* e I. Pagni, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in questo volume) sembrano confermare che, per realizzare un processo efficiente, il ricorso alla nozione di servizio pubblico non sembra possa essere di qualche utilità...

L'identificazione degli strumenti per l'efficacia giudiziaria vanno ricercati all'interno dei modi di produzione della giustizia nei confronti dei cittadini, nella logica stessa dei modi di produzione della giustizia amministrativa. Utilizzando una terminologia delle scienze aziendali, secondo i modi di produzione della funzione, non del servizio.

*Note*

- \* Il testo riproduce la relazione tenuta dall'Autore al convegno *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana* (Firenze, 15-16 ottobre 2015).

*Riferimenti bibliografici*

- Biondi P. 1935, *La perizia giuridica (concetto e teoria generale)*, Sansoni, Firenze.  
Ghiringhelli R. 2002, *Modernità e democrazia nell'altro Risorgimento. Studi romagnosiani*, Giuffrè, Milano.



## GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA COME SERVIZIO (TRA EFFETTIVITÀ ED EFFICIENZA)

*Giuseppe Pericu*

L'ampia relazione di Comporti, che riprende nelle loro diverse analisi le ricerche condotte dal gruppo di lavoro, fornisce una disamina del tutto completa della situazione in oggi della giustizia amministrativa, motivandola alla luce del processo evolutivo nel frattempo intervenuto (v. G.D. Comporti, *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in questo volume). È indubbio che l'istituzione dei TAR ed il ruolo che hanno progressivamente assunto in termini di servizio al cittadino (è questo il profilo che stiamo indagando); la definizione di un 'codice'; il riconoscimento di un danno risarcibile in caso di lesione di un interesse legittimo; per ricordare solo alcune evenienze intervenute dopo il 1965, hanno determinato modificazioni profonde nella gestione quotidiana delle relazioni contenziose tra i cittadini e le pubbliche amministrazioni.

Resta da chiedersi se il sistema è in grado di dare una risposta effettiva ed efficiente alle esigenze di giustizia. Possono ritenersi superate le critiche che facevano ritenere la giustizia amministrativa un inutile intralcio all'azione della pubblica amministrazione senza nel contempo assicurare una tutela effettiva al privato? L'immagine del 'ping-pong', che è stata prospettata, è significativa: sentenza vittoriosa (annullamento del provvedimento) e successiva nuova decisione della p.a., che ribadisce nei contenuti il provvedimento annullato. La p.a. ha perso 'un tempo' e il privato ha un pugno di mosche.

La ricostruzione di Comporti compie il massimo sforzo per fornire una lettura positiva del sistema di giustizia amministrativa, anche sotto il profilo che qui maggiormente interessa quello dell'effettività. Non credo ci si debba soffermare più di tanto su l'efficienza che soprattutto in questi ultimi anni, anche in conseguenza dei maggiori limiti introdotti all'accesso, è sicuramente garantita dall'indubbia operosità dei magistrati amministrativi.

Lo sforzo ricostruttivo si muove nell'ambito di un contesto, a tutti noi noto, ma indubbiamente assai singolare, se lo confrontiamo con altri ordinamenti; ne ricordo alcune componenti:

- i. l'interesse legittimo, come figura distinta dal diritto soggettivo, meritevole di una tutela specifica, sebbene a tutt'oggi vi sia ancora molta incertezza su tale distinzione e non manchino zone grigie di difficile attribuzione all'una o all'altra categoria;
- ii. l'impugnazione di un provvedimento finalizzata al suo annullamento, quale asse portante del processo amministrativo, così che le diverse possibili azioni esperibili paiono quasi deviazioni rispetto al nucleo originario come è venuto storicamente configurandosi;
- iii. l'organizzazione degli uffici che gestiscono il servizio di giustizia in due distinti apparati: da un lato l'autorità giurisdizionale ordinaria, dall'altro i TAR e il Consiglio di Stato ed una non facile individuazione delle reciproche sfere di attribuzione, capace di generare, come ha generato, sovrapposizioni e conflitti.

Non deve essere sottovalutata l'esistenza di un ambiente sociale, costituito da coloro che operano nel sistema (giudici, avvocati), molto chiuso, geloso delle proprie tradizioni e interessato a mantenere inalterata la situazione o al più a correggerla marginalmente. Ambiente nel quale le interpretazioni evolutive delle innovazioni di volta in volta introdotte trovano non pochi ostacoli per affermarsi e si urtano con la tendenza a ricondurle nel nucleo originario del processo di impugnazione.

Il gruppo di studio e la relazione conclusiva, con varietà di toni, pongono l'accento sulle innovazioni normative introdotte con il 'codice'; innovazioni che indurrebbero a ritenere che ci si stia avviando verso la realizzazione di un processo che realmente abbia ad oggetto il rapporto giuridico e non sull'atto, come tale capace di assicurare una reale, concreta tutela della posizione giuridica lesa.

Se possiamo ad esaminare brevemente tali innovazioni, per valutare se effettivamente possono assumere il ruolo che le si attribuisce, sorgono non pochi dubbi. Mi limito a spunti critici, a sollevare perplessità.

- a. La disponibilità per il privato di una pluralità di azioni sembra più una affermazione o al più una ricostruzione fortemente evolutiva della legislazione; la prassi giudiziaria dei TAR e del Consiglio di Stato testimonia una realtà del tutto diversa.

Analisi di qualche anno fa hanno dimostrato che le sentenze di condanna al risarcimento del danno rappresentano una percentuale del tutto trascurabile; a quanto mi risulta la situazione non è mutata oggi. Anche i contenuti della condanna sono del tutto inadeguati a costituire un effettivo ristoro; di fatto vengono escluse importanti componenti del danno. Le esecuzioni in forma specifica, anch'esse rare, si confrontano con la chiusura della pubblica amministrazione a consentire a soggetti terzi di intervenire ed operare nella

propria organizzazione. L'esperienza dei commissari *ad acta* ne è la più chiara testimonianza.

Nella realtà l'azione principe, se non esclusiva, è l'azione di impugnazione per ottenere l'annullamento dell'atto.

- b. Componente fondamentale di un processo che indaga il rapporto giuridico è l'attività istruttoria che deve condurre a superare la barriera della rappresentazione della realtà contenuta nell'atto amministrativo per giungere a definire nel concreto la vicenda che si è svolta tra il privato e la pubblica amministrazione. È indubbio che il 'codice' ha ampliato il *panel* dei mezzi di prova cui la parte può fare ricorso; è indubbio altresì che raramente il giudice accoglie le istanze che vengono avanzate in questo senso. Probabilmente il motivo di un tale atteggiamento è da ritrovarsi nella mancanza di una vera e propria fase istruttoria del processo, che resta articolato secondo il modello tradizionale che dal ricorso conduce alla decisione attraverso un contraddittorio tra le parti cui il giudice resta estraneo.
- c. Il riparto tra la giurisdizione del magistrato ordinario e quello amministrativo resta a mio giudizio un profilo problematico non superato. L'affermazione di un obbligo di *traslatio iudicii* non supera gli inconvenienti che si possono verificare in quanto di per sé presuppone che restino distinte e inalterate le reciproche sfere di competenza. Ne sia testimonianza la soluzione che il legislatore ha individuato per definire gli effetti dell'annullamento della aggiudicazione dell'appalto sul contratto che nel frattempo sia stato stipulato e anche parzialmente eseguito. Soluzione 'barocca', che può determinare un 'ping-pong' tra l'uno e l'altro giudice in conseguenza della difficoltà di individuare la competenza nelle situazioni limite in cui il contratto ha avuto esecuzione parziale. Ci si chiede: perché non può essere un unico giudice a decidere sull'intera controversia: aggiudicazione, contratto ed esecuzione del contratto? Quali *idola* si oppongono a questa possibile organizzazione del sistema di giustizia amministrativa?
- d. Ulteriore testimonianza delle difficoltà che sorgono nel riparto di giurisdizione tra autorità giudiziaria ordinaria e magistrato amministrativo è costituita dall'anomalo ampliamento delle fattispecie di giurisdizione esclusiva. L'art. 133 del codice esaurisce le lettere dell'alfabeto e deve ricorrere ad una integrazione numerica per elencare tutte le ipotesi di giurisdizione esclusiva. Un coacervo di situazioni tra le quali è difficile districarsi nell'individuare i confini che delimitano l'una e l'altra ipotesi. L'esperienza inoltre induce a ritenere che l'inserimento di una materia tra quelle di giurisdizione esclusiva se riduce i rischi di carenza di giurisdizione, non determina una modificazione sostanziale dell'azione che viene fatta valere: nella maggior parte dei casi i ricorsi vengono impostati come impugnativa di atti e nel *petitum* si chie-

de l'annullamento dell'atto impugnato *principaliter*: si agisce come se la posizione giuridica soggettiva di cui si chiede la tutela fosse di interesse legittimo e non di diritto soggettivo. Il processo resta un processo di verifica della legittimità di un atto e non di valutazione giuridica di un rapporto con l'individuazione dei diritti e degli obblighi di ciascuna parte.

Le resistenze che ho sottolineato vengono sostanzialmente riconosciute come tali, ma si tende a ritenerle un retaggio culturale derivante dall'aver praticato per decenni un diverso tipo di processo. In sostanza gli operatori – giudici, avvocati – recepirebbero molto lentamente le innovazioni e tenderebbero a ripetere i modelli comportamentali consueti: sono abituati a gestire un processo che ha come obiettivo l'annullamento dell'atto amministrativo e non si valgono delle possibilità (opportunità) che l'ordinamento ha apprestato per dar vita a un processo di accertamento di diritti e obblighi di un rapporto giuridico, con l'obiettivo – non solo e non tanto – del ripristino della situazione giuridica violata, ma dell'attribuzione del bene della vita a chi giuridicamente lo deve ottenere.

Dubito che sia solo un problema – che potremmo definire culturale – che può risolversi nel tempo con la progressiva assimilazione da parte di tutti gli operatori del nuovo (ipotizzato) processo in tutti suoi auspicati sviluppi. Ritengo che ciò non possa verificarsi; il nostro sistema di giustizia amministrativa richiede un intervento più profondo ed incisivo.

Dobbiamo muovere dalla considerazione che in oggi la pubblica amministrazione opera nella maggior parte dei casi con moduli convenzionali. Molte fattispecie che in precedenza si riconducevano all'atto unilaterale sono più correttamente inquadrabili in un accordo, una convenzione, un contratto: basti ricordare la concessione amministrativa. Tali fattispecie sono ricostruite come duali, con la netta separazione tra diritto amministrativo e di diritto civile, in conseguenza del nostro sistema di ripartizione della giurisdizione; in realtà sono fattispecie del tutto unitarie e la loro scomposizione, sotto il profilo dell'insieme normativo e del giudice cui fare riferimento, è in contrasto con la realtà e determina inconvenienti rilevanti.

È ben vero che sussistono spazi in cui la pubblica amministrazione assume decisioni unilaterali con effetti autoritativi, ma rappresentano un insieme quantitativo minore rispetto a quello delle attività di tipo consensuale.

Al contrario il sistema di giustizia è organizzato secondo il modello, del tutto dominante ed inclusivo, del processo di impugnazione dell'atto amministrativo autoritativo, che può utilmente essere impiegato per una porzione assai limitata dell'attività amministrativa, mentre lo si utilizza anche per quella parte quantitativamente maggioritaria nei cui confronti pare improprio.

Per incidere su questa situazione fortemente radicata da una lunga evoluzione storica pare necessario una riforma radicale, che incida profondamente sull'attuale organizzazione. Un percorso virtuoso deve condurci verso un assetto monistico. Il processo che si è formato e strutturato, sia pure attraverso progressivi aggiornamenti, per rendere giustizia nei rapporti convenzionali è il processo civile; questo tipo di processo deve diventare il modello dominante anche nella gestione della giustizia nella amministrazione.

Ciò non significa che non possa sussistere un giudice specializzato; anzi a mio giudizio sarebbe altamente opportuno che venisse mantenuta e valorizzata ulteriormente la professionalità acquisita dai magistrati dei TAR e del Consiglio di Stato.

Il 'codice' del 2010 non è certamente sufficiente; è in realtà un aggiornamento, mediante la codificazione di innovazioni già apparse a livello giurisprudenziale, del processo nato con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato due secoli orsono. Occorre ben altro per affermare un sistema di giustizia amministrativa veramente effettivo, capace di riconoscere il bene della vita oggetto del contenzioso a chi ne ha diritto.

Infine un'ultima osservazione.

La valutazione della giustizia amministrativa come servizio può essere condotta con un approccio strettamente giuridico, sulla base di analisi delle norme, degli orientamenti giurisprudenziale e degli apporti dottrinali? Se la giustizia amministrativa è un servizio vi sono degli utenti del servizio che sono i privati cittadini, le persone giuridiche – tra queste, segnatamente, le imprese – e gli stessi diversi apparati della pubblica amministrazione.

Sarebbe necessario che accanto alle analisi giuridiche si procedesse anche a un'indagine sociologica sulla soddisfazione degli utenti. Così come è anche necessario che vengano valutati i costi che la collettività sopporta per la gestione del servizio. Sotto questo secondo profilo è di grande interesse l'indagine di Volpe (v. F. Volpe, *I costi del mantenimento del sistema dualistico*, in questo volume), sono sicuramente opportuni ulteriori approfondimenti, ma vi sono interessanti spunti. Manca invece una verifica della *consumers satisfaction*; si tratta di prospettiva non consueta al giurista, ma che mi pare debba rappresentare un presupposto delle valutazioni che veniamo conducendo.



## GLI AUTORI



LUCA BERTONAZZI, professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Milano.

ROBERTO CARANTA, professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Torino.

GIAN DOMENICO COMPORTI, professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Siena.

GIUSEPPE CONTE, professore ordinario di Diritto privato presso l'Università di Firenze.

FABRIZIO FIGORILLI, professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Perugia.

SIMONE LUCATTINI, responsabile Unità Arbitrati e Decisioni Controverse dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico.

FABIO MERUSI, professore di Diritto processuale amministrativo presso l'Università "Guglielmo Marconi" di Pisa.

ILARIA PAGNI, professore ordinario di Diritto processuale civile presso l'Università di Firenze.

GIUSEPPE PERICU, professore emerito di Diritto amministrativo presso l'Università di Genova.

FRANCESCO VOLPE, professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Padova.



## SOMMARIO GENERALE



DALLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA COME POTERE ALLA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA COME SERVIZIO di Gian Domenico Comporti

1. Il lascito (ancora oggi) problematico dell'ambigua scelta abolizionista. 2. Un potere in conflitto nella prospettiva degli equilibri ordinamentali. 3. Dal potere del giudice al servizio giurisdizionale: la centralità delle azioni tra effettività ed efficienza. 4. Effettività della tutela e dintorni: satisfattività e concentrazione di rimedi al servizio del cittadino. 5. L'obiettivo della *full jurisdiction*: limiti e condizioni per il suo conseguimento nella concreta interazione tra procedimento e processo. 6. Il processo: la domanda di parte e la prova dei fatti. 7. La difficile ricerca di condizioni di efficienza del servizio per l'effettività dei rimedi. 8. Conclusioni: una specialità al servizio dei cittadini.

## STUDI

I PARADIGMI EUROPEI DI EFFICIENZA DELLA TUTELA IN VIA AMMINISTRATIVA E I PRINCIPI SOVRANAZIONALI IN MATERIA DI GIURISDIZIONE di Roberto Caranta

1. Un problema che viene da lontano. 2. La Commissione europea per l'efficacia della giustizia. 3. L'eccessiva durata del processo. 4. Altri elementi relativi all'efficienza del sistema di tutela nei confronti dell'amministrazione. 4.1 Finalità e spettanza nella giustizia amministrativa. 4.2 Le alternative al processo. 5. Conclusioni.

LA GIURISDIZIONE TRA EFFETTIVITÀ ED EFFICIENZA di Ilaria Pagni

1. Effettività ed efficienza: due prospettive opposte o coincidenti? 2. L'effettività della tutela e il principio chiovendiano del 'tutto quello e proprio quello'. 3. Atipicità delle forme di tutela e principio di effettività. 4. L'evoluzione del sistema

di giustizia amministrativa nel prisma del principio di effettività. 5. Il principio di effettività in due recenti sentenze della Corte di cassazione. 6. Conclusioni.

L'EFFICIENZA DELLA TUTELA ALLA PROVA DELLE AZIONI DISPONIBILI NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO E DELLE RELATIVE CONDIZIONI di Fabrizio Figorilli

1. La conquista dell'effettività e della centralità della situazione giuridica soggettiva del singolo. 2. (*segue*) Cenni sul sistema delle azioni oggi disciplinate dal codice del processo amministrativo. 2.1 L'azione cautelare. 2.2 L'azione risarcitoria. 2.3 L'azione per l'esecuzione del giudicato. L'azione avverso il silenzio e la c.d. azione di adempimento. 2.4 L'azione per l'esecuzione del giudicato. 3. Gli intervenenti della giurisprudenza e le modifiche del legislatore in materia di condizioni dell'azione in funzione di un modello processuale efficiente. 4. La tutela avanti al giudice ordinario. 5. Primo bilancio sulle tendenze in atto nell'attuale sistema di giustizia amministrativa tra effettività ed efficienza.

IL GIUDICE AMMINISTRATIVO ALLA PROVA DEI FATTI: PER UNA SPECIALITÀ DI SERVIZIO di Simone Lucattini

1. Fatti, norme sulle prove, giudice amministrativo. 2. Una resistente ritrosia per l'istruttoria. 3. Gli alibi. 4. Giudice-amministratore ed effettività della tutela. 5. Per una specialità di servizio.

FORMA E SOSTANZA NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO: IL CASO DELLE SENTENZE 'A SORPRESA' E DINTORNI di Luca Bertozzi

1. 'Terza via' e giustizia della decisione. 2. 'Terza via' e contraddittorio come garanzia. 3. Contraddittorio come strumento di giustizia della decisione e come garanzia delle parti. 4. Sentenze 'a sorpresa' nel processo civile. 5. Sentenze 'a sorpresa' nel processo amministrativo. 6. La necessità di una rimeditazione nel campo del processo amministrativo. 7. I dintorni: altre regole processuali poste al crocevia tra contraddittorio come strumento di giustizia della decisione e come garanzia delle parti. 8. (*segue*) 9. Un cenno alla CEDU.

LE POLITICHE DI AUTOVERNO DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA di Giuseppe Conte

1. Una premessa: il rilievo della componente non togata in seno al Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa. 2. Il Consiglio di Presidenza della

giustizia amministrativa esempla un modello di 'monocentrismo decisionale', pur sottoposto a un singolare regime di 'discrezionalità vigilata'. 3. Sugli indebiti condizionamenti che possono influenzare le determinazioni dell'organo di autogoverno. 4. Su alcuni accorgimenti per perseguire una 'buona' politica di autogoverno. 5. Su alcune misure e iniziative volte a migliorare l'efficienza del servizio giurisdizionale. 5.1 Sulla produttività dei magistrati amministrativi. 5.2 Su varie altre misure e iniziative. 6. Una notazione finale.

#### I 'COSTI' DEL MANTENIMENTO DEL SISTEMA DUALISTICO di Francesco Volpe

1. L'efficienza del sistema dualistico di giustizia amministrativa in relazione alla stratificazione della sua disciplina. 2. La complessità del sistema italiano di giustizia amministrativa. 3. Definizione, in termini di effettiva tutelabilità delle pretese dei cittadini, di 'costo' del sistema di giustizia amministrativa. 4. Il 'costo' del mantenimento di una pluralità di giurisdizioni a tutela del cittadino contro la pubblica amministrazione e l'inefficacia della *translatio iudicii*. 5. Il 'costo', in termini di certezza del diritto e di tutela dei diritti soggettivi, del mantenimento di una pluralità di giurisdizioni a tutela del cittadino contro la pubblica amministrazione. 6. Il 'costo', in termini di sovrapposizione tra le giurisdizioni, della giurisdizione esclusiva. 7. Il 'costo', in termini di inefficacia della funzione nomofilattica, del mantenimento di una pluralità di giurisdizioni. 8. Il 'costo' della introduzione, nella teoria generale, della figura dell'interesse legittimo.

### COMMENTI

#### SULLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA COME SERVIZIO (TRA EFFETTIVITÀ ED EFFICIENZA) A 150 ANNI DALL'UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA ITALIANA di Fabio Merusi

1. Ricordando l'Allegato E della legge del 1865 parlando d'altro... per evitare di parlare della probabile fine delle sue devoluzioni al giudice ordinario. 2. L'elusione legislativa della devoluzione penale delle contravvenzioni. Principi penalistici e sanzioni amministrative. Una devoluzione di troppo: la disapplicazione *in malam partem*. 3. La comparsa di un nuovo giudice: il giudice degli interessi. 4. Gli interessi legittimi si espandono a danno dei diritti soggettivi e limitano la devoluzione al giudice ordinario civile. 5. Il punto di rottura del sistema: risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo. Dopo la risarcibilità ritorna la devoluzione del 1865. Il compromesso del codice del processo amministrativo del 2010. 6. Un processo di impugnazione che diventa anche un processo di cognizione. Conseguenze. 7. Le indagini sul futuro delle novità

codicistiche... 8. Novità sull'istruttoria. Il problema della conoscibilità del fatto da parte del giudice amministrativo. Perplessità sull'uso della nozione di servizio pubblico per individuare regole sull'efficacia della funzione di giustizia.

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA COME SERVIZIO (TRA EFFETTIVITÀ ED EFFICIENZA) di Giuseppe Pericu

## PIANO DELL'OPERA

- Vol. I – *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, a cura di Roberto Cavallo Perin, Aristide Police, Fabio Saitta
- Vol. II – *La coesione politico-territoriale*, a cura di Gabriella De Giorgi Cezzi, Pier Luigi Portaluri
- Vol. III – *La giuridificazione*, a cura di Barbara Marchetti, Mauro Renna
- Vol. IV – *La tecnificazione*, a cura di Stefano Civitarese Matteucci, Luisa Torchia
- Vol. V – *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di Maurizio Cafagno, Francesco Manganaro
- Vol. VI – *Unità e pluralismo culturale*, a cura di Edoardo Chiti, Gianluca Gardini, Aldo Sandulli
- Vol. VII – *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, a cura di Gian Domenico Comporti
- Vol. VIII – *Cittadinanze amministrative*, a cura di Antonio Bartolini, Alessandra Pioggia

