PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

Dipartimento per le Politiche di Gestione e di Sviluppo delle Risorse Umane

DIPRU

4

1861 > 2011 > >

150° anniversario Unità d'Italia

Il Codice del processo amministrativo

lezioni sul decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104

Seminari curati dal Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi e dal Dipartimento per le politiche di gestione e di sviluppo delle risorse umane della Presidenza del Consiglio dei Ministri

Presidenza del Consiglio dei Ministri

DIPARTIMENTO PER L'INFORMAZIONE E L'EDITORIA

Presidenza del Consiglio dei Ministri
DIPARTIMENTO PER LE POLITICHE DI GESTIONE
E DI SVILUPPO DELLE RISORSE UMANE

IL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

Trascrizione delle lezioni in materia di decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104 tenutesi presso la Sala polifunzionale della Presidenza del Consiglio dei Ministri nei mesi di novembre e dicembre 2010.

Presidenza del Consiglio dei Ministri
DIPARTIMENTO PER L'INFORMAZIONE E L'EDITORIA

Indice

Principi generali
- Trascrizione della lezione tenutasi il 17 novembre 2010 ..... pag. 6

Il processo amministrativo di primo grado
- Trascrizione della lezione tenutasi il 25 novembre 2010..... pag. 50
1. – Introduzione ..... » 50
2. – La tutela cautelare ..... » 51
3. – L'istruttoria ..... » 76
4. – La decisione ..... » 83
5. – Le azioni esperibili ..... » 95

Le impugnazioni e l'esecuzione delle decisioni
- Trascrizione della lezione tenutasi il 13 dicembre 2010 ..... pag. 106

I riti speciali: "e cenni al contenzioso sulle operazioni elettorali"
- Trascrizione della lezione tenutasi il 17 dicembre 2010 ..... pag. 148

Principi generali

CAPITOLO
PRIMO

IL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

Principi generali

Trascrizione della lezione tenutasi il 17 novembre 2010 presso la Sala polifunzionale della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in materia di decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104

Introduzione del Pres. Claudio Zucchelli e del Cons. Ermanno DE FRANCISCO

Pres. CLAUDIO ZUCCHELLI

Cominciamo oggi un corso sul Codice del processo amministrativo. Gli argomenti tecnici e scientifici saranno approfonditi dai vari relatori, quindi io mi limito semplicemente a salutarvi, a ringraziarvi di essere intervenuti e quindi di aver soprattutto apprezzato questa iniziativa del DAGL (Dipartimento affari giuridici e legislativi).

Farò un inquadramento quasi socio-filosofico di questo Codice, perché tutti gli argomenti saranno successivamente approfonditi dai vari relatori, alcuni dei quali hanno collaborato materialmente alla scrittura del Codice, quindi sono i legislatori con la L maiuscola.

Questo Codice – non è una frase fatta o retorica ma, in questo caso, realtà – è veramente un fatto storico perché segna il passaggio non tanto da un tipo di processo ad un altro, quanto, soprattutto, da un diritto amministrativo ad un altro. È un Codice etico del processo amministrativo perché, come il vero Codice di procedura civile, è un testo che non si limita a disciplinare i passaggi procedimentali del processo che dà la giustizia amministrativa ma, sostanzialmente, incide sulla natura stessa della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

È simile al passaggio epocale che si ebbe quando, dalla procedura civile, si passò al diritto processuale civile, perché il processo è lo specchio della tutela e la tutela non è altro che l'espressione della situazione giuridica soggettiva sostanziale che è tutelata.

È un passaggio epocale ed è un cambiamento della sostanza del diritto amministrativo, perché si passa da un'impostazione tradizionale volta esclusivamente all'azione processuale demolitoria di un provvedimento o di un atto amministrativo, ad una cognizione di quello che possiamo definire il rapporto sottostante alla situazione giuridica soggettiva di diritto amministrativo.

È il passaggio dall'amministrare per atti o provvedimenti, all'amministrare per risultati. È l'abbandono della concezione weberiana dell'amministrare per atti, nell'inten-

to di incidere sul rapporto fra cittadino e pubblica amministrazione: del rapporto giuridico sottostante alle posizioni giuridiche soggettive, di interesse legittimo o di diritto soggettivo, che si instaurano fra il cittadino e la pubblica amministrazione si parla da decenni con varia fortuna. Il giudice amministrativo è sempre stato abbastanza restio ad accettare l'esistenza di un rapporto, perché legato – appunto – al giudizio sull'atto, sul provvedimento, sui suoi vizi intrinseci.

In realtà, però, la giurisdizione amministrativa, anche se inconsapevolmente – ed è questo un punto che non è mai stato molto approfondito – nasce come giurisdizione sul rapporto, e nasce nel momento in cui introduce, fra i tre vizi di legittimità, il vizio di eccesso di potere. Questo è esattamente il grimaldello che scardina questa impostazione puramente demolitoria dell'atto, perché è vero che, fino ad ora, nella vecchia impostazione, anche l'eccesso di potere portava solo alla demolizione dell'atto, ma quella è stata la strada attraverso la quale il giudice amministrativo ha preso coscienza del fatto che il suo dare giustizia consiste principalmente nell'entrare nel rapporto. Qual è questo rapporto?

I tentativi della vecchia dottrina erano quelli di costruire un rapporto giuridico disegnato alla stessa stregua dei rapporti giuridici che abbiamo in diritto civile, basato sulle diverse figure di negozio giuridico o di situazione giuridica soggettiva.

Nel diritto amministrativo, il rapporto di cui stiamo parlando è il rapporto autorità/libertà, e cioè quello che sussiste fra il potere autoritativo attribuito alle pubbliche amministrazioni sostanzialmente dell'assetto costituzionale e la libertà dei singoli soggetti (operatori, imprese, cittadini privati). Un rapporto, questo, connaturato ad ogni realtà basata sul rispetto delle "*rules of law*".

La libertà è un *prius*. Questo è dato anche dall'evoluzione filosofica e sociologica della nostra società, che è passata da una visione dello Stato come *prius* – quindi nell'ordinamento giuridico esiste tutto ciò che lo Stato permette – a una visione liberale che è insita nella Costituzione, dove al cittadino è tutto permesso fuorché ciò che è riservato al potere delle pubbliche amministrazioni. Si tratta, quindi, di un ribaltamento di 180 gradi dell'impostazione stessa dell'esser cittadini, dello stato di cittadinanza.

Questo Codice è esattamente il punto di svolta, la meta attorno alla quale si gira per iniziare una nuova pagina, e questo sarà evidente nelle tante impostazioni piuttosto pregnanti del Codice – dal problema del risarcimento del danno, alle procedure sul silenzio – e in altri istituti che fanno comprendere come si sia evoluta l'incidenza che il giudice amministrativo ha sulle libertà, sui diritti dei cittadini, sul rapporto autorità/libertà.

In realtà, le novità del Codice non sono numericamente moltissime, ma sono sostanzialmente molto pregnanti. Pertanto, al di là delle norme di pura procedura che hanno stabilito anche un'accelerazione dei tempi per quanto riguarda i procedimenti speciali, gli appalti e via dicendo, ciò che conta è esattamente questo ribaltamento di prospettiva.

È un ribaltamento di prospettiva che è stato perseguito anche – e forse soprattutto – sciogliendo una diatriba che pure era emersa nella Commissione speciale che ha redatto il Codice presso il Consiglio di Stato, che forse da qualcuno è stata sottovalutata, ma che per me, e credo anche per altri, aveva un'importanza molto rilevante. Mi riferisco all'introduzione, nel Codice, della descrizione delle azioni, che comunque la Presidenza del Consiglio ha voluto espungere dal Codice. Questo è molto importante perché, indicare partitamente e descrivere le azioni che il cittadino poteva compiere innanzi al giudice amministrativo, voleva dire fermare in parte quel processo di allargamento della cognizione del giudice al rapporto.

L'azione non si può definire a priori: la si definisce a posteriori, dopo che è concessa dal giudice in funzione della pretesa. Questa è la nostra antica tradizione del diritto romano, ed è una tradizione che è più consona a una società aperta di natura liberale: si chiede al giudice la soddisfazione del proprio interesse, qualunque essa sia, quindi l'azione è aperta, non può che essere aperta; la pretesa non può che essere aperta, perché ciò che si porta di fronte al giudice è la cognizione su quel rapporto che nega il raggiungimento del bene della vita che soddisfa il bisogno, e quindi l'interesse.

Come amo sempre dire in questi convegni, *in rerum natura* non esistono diritti soggettivi o interessi legittimi, che sono costruzioni successive. *In rerum natura* esistono bisogni e beni che li soddisfano, e, dunque, l'interesse che è la tensione del soggetto nel raggiungere quel bene che soddisfa il suo bisogno.

Se questa è l'impostazione, l'azione è aperta, perché si propone al giudice la pretesa di raggiungere il bene che soddisfa il bisogno. Se si definisce l'azione a priori, si incasella la libertà della pretesa e quindi, come dicevo prima, si tronca a metà questo percorso che, dall'azione meramente demolitoria e impugnatoria di un provvedimento amministrativo, si è evoluto verso una giurisdizione completa su un rapporto autorità/libertà.

A mio avviso, è questa la rivoluzione epocale di questo Codice che, peraltro, è anche ben fatto dal punto di vista tecnico. Forse conoscerla non vi servirà molto per l'operatività concreta di fronte al giudice amministrativo, o per gestire le vostre questioni d'ufficio, ma è importante che tutti la teniamo a mente perché ci troviamo di fronte ad un ribaltamento dei rapporti fra la pubblica amministrazione e il cittadino, anche nei fatti concreti.

Oggi forse raggiungiamo alcuni eccessi, nel senso che il cittadino è spesso vissuto dai funzionari amministrativi come qualcuno che gli sta col fiato sul collo: le leggi di riforma sembrano aver disegnato quasi una pubblica amministrazione che è non servitrice, ma serva del cittadino. Mi pare un concetto profondamente differente.

Può darsi che ci siano stati degli eccessi perché, come, al solito il pendolo fa movimenti ampi. Questi eccessi saranno poi corretti piano piano dall'evoluzione stessa del diritto e della società, ma è importante innanzitutto che ci sia una nuova visione del rapporto fra il cittadino e la pubblica amministrazione, la quale diventa veramente la servitrice dei cittadini, il *civil servant* della tradizione anglosassone.

Questo nuovo modo di intendere il diritto amministrativo è perfettamente rispecchiato in questo Codice. C'è qualche piccolo errore, che correggeremo con i prossimi decreti correttivi. Si tratta solo di errori di coordinamento, qualche articolo citato male, sciocchezze. Nella sua impostazione, è un Codice valido.

Per dire la verità, l'unico punto sul quale si deve appuntare una particolare attenzione sono le procedure speciali sui contratti pubblici. Dobbiamo capire se il marchingegno che abbiamo messo insieme fra direttiva ricorsi, codice dei contratti e via dicendo, reggerà alla resa dei conti. Avete letto di accelerazioni, di una complessa procedura per quanto riguarda il rapporto fra sospensiva e giudizio di merito e di molte altre cose. L'architettura sembra buona, ma nessuno più di me, che sono un evoluzionista nel diritto, sa bene che non è la norma a cambiare la società dall'alto, ma è la società che cambia la norma. Vedremo soprattutto alla resa dei fatti se questo tipo di processo funzionerà, e vedremo se non si sia realizzato il rischio, paventato da alcuni, di aver fatto un Codice del processo amministrativo solo sui contratti, nel senso che occorre vedere se tutti gli altri procedimenti e le altre cause, di fronte alle misure acceleratorie di prevalenza, non diventino magari recessivi. Voglio dire che in due anni potremo avere una bella sentenza passata in giudicato sui contratti, ma chi deve aprire una finestra o fare un balconcino resta sempre indietro perché bisogna fissare gli altri processi, quindi alla fine magari la sua situazione sarà peggiorata rispetto a prima. Speriamo di no. Soltanto la prassi ci potrà dire se siamo riusciti nell'intento. Grazie e buon lavoro.

Cons. DE FRANCISCO

Vorrei fare una chiosa sull'ultima cosa che ha detto il Pres. Zucchelli. Se è vero, da un lato, che scopriremo solo vivendo se il Codice che abbiamo apprestato sia solo per i contratti e, dunque, malfunzionante per il resto, di una cosa però sarei certo: abbiamo sicuramente ridotto enormemente questo rischio, rispetto al testo della direttiva ricorsi di aprile scorso (d.lgs. n. 53 del 2010), la quale aveva previsto un doppio binario nel processo amministrativo, che non avrebbe potuto funzionare fuori dai contratti. All'accusa di essere tornati indietro rispetto alla direttiva ricorsi, replichiamo dicendo che non sappiamo se il codice funzionerà bene, ma siamo

convinti che funzionerà certamente meglio di come avrebbe funzionato il sistema risultante dalla sola direttiva ricorsi, la cui applicazione senza la nuova codificazione avrebbe probabilmente ucciso tutto il resto del contenzioso. Ci tenevo a dirlo, visto che ci accusano anche di questo.

Intervento dell'Avv. Antonio GRUMETTO

L'argomento oggetto del presente scritto è quello dei principi generali della giurisdizione e della competenza ed è un argomento bivalente perché, mentre rispetto ai principi generali è possibile riallacciarsi a quanto già scritto sulla nuova impostazione del Codice e sui nuovi poteri dati al giudice amministrativo, la seconda parte, inerente proprio la disciplina della giurisdizione e della competenza, è estremamente tecnica, ragione per la quale è necessario attenersi alla lettura, al commento ed all'interpretazione delle norme del Codice.

Si cercherà, quindi, nel prosieguo, di fornire degli spunti di riflessione sui primi risultati e approdi dell'applicazione di questo nuovo Codice.

Il primo problema riguarda l'entrata in vigore del Codice stesso, poiché non è stata prevista una disciplina specifica di diritto intertemporale.

Non è stata dettata, infatti, una disciplina generale che specifichi quanta parte di questo Codice è entrata in vigore subito, a partire dalla data stabilita del 16 settembre 2010, e per quale parte, invece, l'effettiva entrata in vigore è prevista in un secondo momento.

A riguardo, dovremmo, pertanto, fare riferimento al principio generale per cui, trattandosi di norme processuali, sono di immediata applicazione.

Ci sono in realtà, nel Codice, due disposizioni che regolano problemi di diritto intertemporale: la prima è quella dell'articolo 2 dell'allegato 3 del Codice, che stabilisce il principio della ultrattività della disciplina previgente. Secondo quanto previsto da questo articolo è prevista l'applicazione delle norme previgenti solo per i termini che sono in corso alla data di entrata in vigore del Codice.

Questa norma ha dato luogo ad alcuni problemi, soprattutto per quanto riguarda i termini relativi al deposito delle memorie e dei documenti in vista dell'udienza di discussione del ricorso, in particolare, con specifico riferimento all'udienza di discussione di merito. Si è passati, infatti, dalla precedente disciplina, che prevedeva un termine di 20 giorni per i documenti e 10 giorni per le memorie prima dell'udienza di discussione, ad una disciplina più articolata, che prevede un termine di 40 giorni per i documenti, 30 giorni per le memorie e un ulteriore termine di 20 giorni, sempre prima dell'udienza, per le repliche.

L'introduzione delle repliche è stata, senza dubbio, molto opportuna, poiché spesso si arrivava in udienza non avendo la possibilità di controdedurre su alcuni aspetti dedotti nella memoria di controparte, con la conseguenza che, proprio in udienza, si era costretti a svolgere delle considerazioni oralmente. Adesso, con questa possibilità delle repliche, è evidente che la necessità di discutere di questi problemi in udienza si è semplificata.

Nonostante ciò, e come già evidenziato, la norma in questione ha sollevato alcuni quesiti, innanzitutto, per ciò che concerne i termini applicabili alle udienze di discussione del merito che si svolgono a partire dal 16 settembre, posto che non è chiaro se sia necessario fare riferimento ai vecchi termini (20 e 10 giorni), o, al contrario, a quelli nuovi (40, 30 e 20 giorni).

Stando alla lettura della norma, parrebbe che le udienze che si svolgono dopo il 16 settembre, data di entrata in vigore del Codice, dovrebbero essere soggette alla nuova disciplina, e che, invece, quelle che si sono svolte prima, dovrebbero vedere applicata la vecchia disciplina. La norma però, nel suo tenore letterale, fa riferimento ai "*termini che sono in corso*", con la conseguenza che appare necessario interrogarsi su quando è possibile dire che un termine è in corso, in relazione ad un'udienza di discussione.

A riguardo, è possibile fare riferimento ad una circolare interpretativa del Presidente del Consiglio di Stato, Pasquale De Lise, secondo la quale i termini vecchi si applicherebbero per tutte le udienze che si sono tenute fino al 16 novembre 2010, mentre per le udienze che si sono tenute a partire da questa data in poi si dovrebbero considerare nuovi termini.

Questa citata è, però, una circolare interpretativa del presidente De Lise che ha avuto un certo seguito in tutti i tribunali, proprio in virtù dell'autorevolezza dell'organo da cui è promanata. Tuttavia, vi è stata anche una presa di posizione differente, dell'Associazione veneta degli avvocati amministrativisti, che parrebbe, in realtà, più adeguata all'interpretazione dell'articolo 2 del Codice. Questa interpretazione muove, in particolare, dall'idea che i termini (20 e 10 giorni vecchio rito; 40, 30 e 20 giorni nuovo rito) si applicano a ritroso, cioè a partire dalla udienza di discussione, perché si parla di 40, 30, 20 giorni prima.

La proposta ragiona, quindi, in questo modo: il termine per questi adempimenti si può dire in corso nel momento in cui viene fissata l'udienza; per le udienze che risultano fissate anteriormente al 16 settembre – vi è già il termine finale da cui far decorrere a ritroso il termine – si applica il vecchio rito, 20 e 10 giorni. Invece, per le udienze che sono state fissate con decreto del Presidente di sezione del Consiglio di Stato dopo il 16 settembre, si applicano i termini nuovi.

Questa impostazione sembrerebbe, dunque, maggiormente corretta, fermo restando, comunque, che esiste la norma – che esisteva già prima, e che, ad ogni modo, è stata riprodotta anche nel Codice – dell'errore scusabile, la quale ha avuto già applicazione dal TAR Lombardia in un'ipotesi differente, di costituzione tardiva dell'amministrazione, laddove il TAR Lombardia ha ritenuto di riconoscere l'ammissibilità

della costituzione dell'amministrazione perché, proprio in considerazione dell'entrata in vigore del Codice, si potevano riconoscere i presupposti dell'errore scusabile.

C'è un'altra disposizione, poi, sulla disciplina di diritto intertemporale, riguardante le impugnazioni, che risulta essere molto importante e che è espressione, invece, di un principio inverso, poiché prevede che l'articolo 101, comma 2, del Codice non si applica agli appelli depositati prima dell'entrata in vigore del Codice. Pertanto, mentre la norma precedente favoriva l'immediata entrata in vigore delle nuove disposizioni, questa, in realtà, conserva le disposizioni dell'appello precedente. L'articolo 101, comma 2, stabilisce che si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano state espressamente riproposte nell'atto di appello – e fin qui, *nulla quaestio* – o, per le parti diverse dall'appellante, con memoria depositata, a pena di decadenza, entro il termine per la costituzione in giudizio.

Il termine per la costituzione in giudizio è di 60 giorni dalla notifica dell'appello. Questo significa, pertanto, che, quando vi è stato in primo grado l'assorbimento di un'eccezione, perché, ad esempio, il giudice amministrativo ha accolto un'altra eccezione e quindi non si è espressamente pronunciato, non è più possibile attendere, per riproporla in appello in quanto appellati, la fissazione dell'udienza di discussione – ovviamente se non c'è la sospensiva – e riproporla solo in quella sede, ma è necessario farlo subito, con la conseguenza che vi è un'accelerazione del giudizio di appello.

Tutto quello che l'appellato non ripropone nel termine di costituzione di 60 giorni dalla notifica dell'appello (ovviamente l'appello incidentale deve essere necessariamente essere fatto nei termini), si intende decaduto. Questa è, quindi, una norma che riguarda soprattutto gli avvocati: è un invito alla tempestività quando si presentano relazioni sull'appello.

Ci sono poi due norme – il rinvio interno e il rinvio esterno – che regolano anch'esse, in un certo senso, problemi di diritto intertemporale. Il rinvio interno è una norma dell'articolo 38, che comporta l'estensione – nei limiti della compatibilità, se non espressamente derogato – delle norme previste dalle disposizioni del Libro II (che sono quelle di carattere generale) anche alle impugnazioni e ai riti speciali. Questa risulta essere una disposizione di riempimento per cui, quando per l'impugnazione o per i riti speciali non c'è una norma espressa, bisogna far riferimento al Libro II, che regola il processo ordinario.

Abbiamo, poi, la norma del rinvio esterno. Come noto, si è sempre discusso, tra la giurisprudenza amministrativa, sui limiti di applicabilità del Codice di rito processuale civile anche al giudizio amministrativo, risolvendosi, in conclusione, le questioni singolarmente, a seconda di un giudizio di compatibilità o meno della norma del Codice di diritto civile rispetto al rito amministrativo.

Adesso, la possibilità di fare rinvio esterno alle norme del Codice di rito civile è espressamente prevista. La norma dice: "*in quanto compatibili o espressioni di principi generali*". Questo è, forse, un sintagma che andrebbe chiarito, poiché in genere, se si tratta di un principio generale, la compatibilità è in *re ipsa*, proprio perché il principio generale, per la sua portata, ha una capacità estensiva anche a riti diversi.

Uno dei principi generali del Codice di procedura civile è quello dell'articolo 5, per cui i mutamenti delle norme che riguardano la giurisdizione e la competenza sono irrilevanti se queste vengono modificate rispetto ai processi già proposti.

È il principio della "*perpetuatio* iurisdictionis", per cui la giurisdizione e la competenza si determinano con riferimento alle norme esistenti al momento della proposizione. Sottolineo questo perché, sia per quanto riguarda la giurisdizione, sia per quanto riguarda le norme sostanziali sulla competenza, ci sono alcune novità, con la conseguenza che appare necessario sapere se queste novità si applichino o meno al processo.

La regola, che è un principio generale – quindi richiamato con la norma dell'articolo 39 come rinvio esterno – è quella della "*perpetuatio iurisdictionis*", per cui le novità in tema di giurisdizione o le novità sostanziali in tema di competenza si applicano solo per i processi iniziati dopo il 16 settembre 2010.

Una di queste norme, ad esempio, in materia di giurisdizione, riguarda i provvedimenti della COVIP, la Commissione di vigilanza sui fondi pensione. Mentre nel sistema precedente, per un rinvio del decreto legislativo n. 252/05 al Testo unico bancario del 1993, erano sottoposti al giudizio del giudice ordinario – in particolare alla Corte d'appello – ora, per effetto dell'articolo 133, lettera l, del nuovo Codice, sono sottoposti alla giurisdizione del giudice amministrativo. Di conseguenza, per tutti i giudizi che riguardano, ad esempio, la COVIP, proposti a partire dal 16 settembre, si andrà al TAR, mentre per quelli precedenti, ovviamente, resta la giurisdizione del giudice ordinario.

Sono stati, quindi, già riassunti gli argomenti che si affronteranno nel prosieguo. Si tratta, sostanzialmente, di un'analisi del Libro I, sulle disposizioni generali, con particolare riferimento al Titolo I, "*i principi e gli organi della giurisdizione*" ed ai capi III e IV, "*giurisdizione e competenza*". Non si considereranno, invece, i capi V e VI, e, in particolare, gli articoli 17 e 21 su astensione, ricusazione, ausiliari del giudice e commissario *ad acta*.

Tuttavia, di norme che riguardano la giurisdizione e la competenza e l'applicazione dei citati principi generali in materia, ce ne sono, non solo nel Libro I e nel Titolo I, ma anche in altre disposizioni del Codice. A titolo esemplificativo, si ricorda che la giurisdizione è richiamata non solo nell'articolo 7 del Libro I, ma anche negli articoli 133 e 134, che riguardano la giurisdizione esclusiva ed i casi di giurisdizione di merito. Della competenza, poi, non si parla soltanto tra gli articoli da 13 a 16, ma anche nell'articolo 42, a proposito della competenza su ricorso incidentale e la cosiddetta "*connessione*"; nell'articolo 47, a proposito della competenza fra la Sezione centrale

di un TAR e le sezioni distaccate; nell'articolo 133, a proposito della competenza funzionale in materia di giudizio di ottemperanza, variato, ad esempio, per quanto riguarda l'ottemperanza alle decisioni del giudice ordinario, che non vanno più tutte al Consiglio di Stato, come con il regime giuridico previgente, ma al TAR periferico se il provvedimento è stato emesso da un TAR periferico; infine, nell'articolo 135, sulla competenza funzionale del TAR del Lazio.

È necessario, quindi, non considerare solo la prima parte del Codice quando si tratta di problemi di giurisdizione e competenza, ma fare riferimento anche alle altre parti del Codice, laddove questi aspetti vengono richiamati.

Come noto, il Codice è stato approvato in base ad una delega contenuta nella legge n. 69/09, in particolare nell'articolo 44, nel quale si parla di uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo davanti ai tribunali.

L'espressione "*riassetto*", spesso utilizzata dal legislatore delegato, soprattutto negli ultimi tempi, presenta, forse, un'ambiguità di fondo, poiché non è chiaro si riferisca ad un codice compilativo – che non è codice amministrativo – oppure ad un codice innovativo.

Se è compilativo, ovviamente, è limitato soltanto alla sistemazione e alla correzione formale delle norme esistenti, e questo, in gran parte, è stato fatto pregevolmente. Se, invece, per "*riassetto*" intendiamo anche un nuovo assetto della giustizia amministrativa, allora da parte del legislatore delegato è possibile anche l'esercizio di una delega, nel senso di sostanziale modifica del quadro normativo precedente.

In questo caso, però, la Corte Costituzionale richiede dei principi e dei criteri direttivi che siano più specifici, perché la delega sia compatibile con i limiti previsti dalla Costituzione.

È, quindi, necessario interrogarsi su quali siano questi principi e criteri direttivi.

Innanzitutto, un rinvio all'articolo 20 della legge n. 59/97, che, però, prevedeva un concetto di riassetto in senso formale, quale coordinamento formale o sostanziale, coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa da adeguare, con la previsione espressa delle norme abrogate.

In questo caso saremmo, pertanto, nei limiti di un codice meramente compilativo; il legislatore è, in realtà, andato oltre, ed ha stabilito anche dei principi e dei criteri direttivi per consentire l'esercizio di una delega che fosse innovativa rispetto al regime precedente. Questi principi e criteri direttivi sono, innanzitutto, l'adeguamento delle norme vigenti alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle giurisdizioni superiori.

In questo senso è, quindi, possibile leggere un riferimento, in tema di giurisdizione, alle decisioni della Corte costituzionale – a partire dalle leggi n. 204/04, n. 121/06 e n. 35/10 – che configurano i limiti della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e che si riferiscono, anche, alla problematica sull'esistenza della pregiudiziale amministrativa in materia di risarcimento.

Come noto, infatti, per diverso tempo, l'interpretazione della Corte di Cassazione ha negato l'esistenza della pregiudiziale, riconoscendo la possibilità di agire, per il risarcimento del danno, anche in via autonoma, mentre il Consiglio di Stato, in maniera prevalente, è rimasto fermo sull'idea dell'esistenza di una pregiudiziale amministrativa, per cui non si poteva chiedere il risarcimento del danno se non si impugnava il provvedimento amministrativo illegittimo.

Questo più che un adeguamento è stato, in realtà, un compromesso, poiché nell'articolo 30 si è arrivati al riconoscimento dell'autonomia dell'azione risarcitoria e alla previsione, però, di termini di decadenza abbastanza stringenti.

Altri principi direttivi riguardano, inoltre, l'assicurazione della concentrazione delle tutele; vedremo in seguito cosa si intende proprio per concentrazione delle tutele, in considerazione del fatto che questo principio è stato interpretato dal legislatore delegato attraverso il riferimento all'effettività del giudizio amministrativo. Altri principi, ancora, riguardano la snellezza e l'effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo; la razionalizzazione dei termini processuali; l'estensione delle funzioni istruttorie esercitate in forma monocratica; l'individuazione di misure, anche transitorie, dirette all'eliminazione dell'arretrato.

Per quanto riguarda la snellezza, va segnalato, inoltre, che c'è una prima disposizione innovativa nel Codice: l'articolo 72, nel quale si dispone che se, al fine della decisione della controversia, occorre risolvere una singola questione di diritto, anche a seguito di rinuncia a tutti i motivi o eccezioni, e se le parti concordano sui fatti di causa, il presidente fissa con priorità l'udienza di discussione. Qui snellezza significa che il materiale di cognizione portato al giudice amministrativo si riduce solo a una questione di diritto, mentre le parti sono d'accordo sugli aspetti di fatto. Questo succede spesso, davanti al giudice amministrativo, in particolare in tutte le controversie che danno origine ai cosiddetti "filoni", la cui risoluzione dipende dalla soluzione di una questione di diritto.

Ovviamente, è interesse dell'amministrazione sapere come il giudice amministrativo risolve quella questione in via definitiva. Lo strumento per snellire il processo, anche come materiale di cognizione da parte del giudice, è, appunto, questa possibilità di chiedere la fissazione con priorità quando si tratta di dover decidere solo su una questione di diritto e le parti sono d'accordo sul fatto.

Si parlava di ampliamento all'estensione delle funzioni monocratiche (articolo 72). A tal proposito, la legge delega ne prevedeva un ampliamento; in realtà, forse, il Codice è andato verso una riduzione delle funzioni monocratiche istruttorie, così come sembrerebbe dimostrare il raffronto tra l'articolo 44 della legge n. 69/09, la vecchia norma, e l'articolo 65 del decreto legislativo 64/10.

Mentre prima la possibilità di ammettere una consulenza tecnica era consentita anche al giudice monocratico (articolo 44), adesso la decisione sulla consulenza tecnica e sulla verificazione è sempre adottata dal Collegio, con la conseguenza che non si può avere una decisione istruttoria precedente alla decisione del merito da parte di un giudice monocratico, ma è, invece, necessario aspettare il merito ed il Collegio per sapere se una consulenza tecnica o una verificazione possa, o meno, essere ammessa.

La norma ha una sua razionalità: questo mezzo di prova, molto invasivo, perché attraverso la consulenza tecnica spesso si accerta direttamente il fatto, deve essere riservato all'organo nella sua composizione, che poi emetterà la decisione, quindi non ad un organo monocratico, bensì all'organo collegiale. Si assiste, quindi, ad una restrizione e non ad un ampliamento dei poteri istruttori monocratici.

Per quanto riguarda le misure di eliminazione dell'arretrato, è risaputo che non sono state introdotte perché non è stata portata avanti l'idea delle sezioni stralcio, ma è stato tutto affidato a un decreto del Presidente del Consiglio che, d'intesa con il Ministero dell'economia e delle finanze, su proposta del Consiglio di Presidenza, propone l'adozione di misure per cercare di ridurre l'arretrato e per incentivare la produttività. È, quindi, noto, che è allo studio la possibilità di ampliare, ad esempio, il numero delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, trasformando una Sezione consultiva in Sezione giurisdizionale.

È ora possibile passare all'analisi dell'articolo 44; ai principi e criteri direttivi, ed al riordinamento delle norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo anche rispetto alle altre giurisdizioni. È stato già sottolineato che, forse, c'è qualche novità in materia di giurisdizione, e che, sul punto, si è andati al di là di una semplice sistemazione.

Il riordino dei casi di giurisdizione del giudice amministrativo non è stato totale, perché il legislatore delegato ha dimenticato di inserire nel Codice un caso di giurisdizione del giudice amministrativo, ovvero quello in materia di *class action*. Il decreto legislativo n. 198/09 prevede un caso di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ma questo caso è rimasto fuori dal Codice.

C'era poi il riordino dei casi di giurisdizione estesa al merito, con soppressione delle fattispecie non più coerenti con l'ordinamento vigente. In realtà, c'è stato non solo un riordinamento con una soppressione, ma probabilmente il passaggio di un caso di giurisdizione di merito alla giurisdizione esclusiva. Si tratta di quello previsto dall'articolo 133, lettera q, che tratta dei provvedimenti contingibili ed urgenti, che dalla giurisdizione di merito passano alla giurisdizione esclusiva. Qui non ci si è limitati a riordinare i casi di giurisdizione estesi al merito sopprimendo quelli non più attuali, ma un caso probabilmente è passato dalla giurisdizione di merito alla giurisdizione esclusiva.

Gli altri aspetti riguardano, poi, i riti speciali ed il contenzioso elettorale, il cui studio esula dalla presente trattazione. Uno dei criteri, però, era quello dell'introduzione della giurisdizione esclusiva per le controversie in materia di procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati e del Senato

della Repubblica. Questa parte di delega pare che non sia stata ancora attuata, dato che nel Codice non si trovano norme che riguardino questo caso di giurisdizione in materia elettorale.

Altro criterio era quello della razionalizzazione e unificazione della disciplina della riassunzione del processo e dei relativi termini anche a seguito di sentenze di altri ordini giurisdizionali. Qui il riferimento è non solo alla disciplina della riassunzione e della prosecuzione del processo (articolo 80) ma anche alle questioni che riguardano la *translatio iudicii*, cioè il passaggio di una controversia da un ordine giudiziario ad un altro, a seguito di sentenze che declinano la giurisdizione sia dei giudici di merito, sia della Corte di Cassazione. A riguardo, si avrà modo di approfondire la problematica analizzando le norme sulla *translatio iudicii*.

Questa è la disciplina all'articolo 80, che ho sintetizzato, sulla prosecuzione o la riassunzione del processo sospeso o interrotto; ciò che appare necessario sottolineare è, però che, mentre in genere il Codice parla di tre mesi, quindi dà termini a mesi, in questo caso il riferimento è a 90 giorni. La differenza non è di poco conto, perché quando il termine è espresso in giorni si calcola *ex numeratione dierum*, cioè si contano i singoli giorni per cui se febbraio ne ha 28, si considereranno 28 giorni; viceversa, quando per il termine si parla di tre mesi, come ad esempio per la riassunzione dopo le sentenze declinatorie di competenza, il termine si calcola *ex nominatione dierum*, quindi se febbraio ha 28 giorni è comunque un mese, anche se ha meno giorni rispetto agli altri. Pertanto, se un termine decorre dal 1° gennaio e scade a tre mesi, sarà scaduto il 1° aprile; se scade a 90 giorni, essendoci febbraio di mezzo la scadenza dovrà ovviamente tenerne conto. È, quindi, necessario fare attenzione a come sono indicati i termini, se con riferimento ai giorni o ai mesi.

Un altro principio era quello del riordino della tutela cautelare anche generalizzando quella *ante causa*. Faccio un piccolo accenno alla possibilità, ormai generale, dell'articolo 61, di chiedere una tutela cautelare prima del giudizio di merito. Sono previsti termini molto ristretti, che sono 15 giorni per la notifica del ricorso che introduce il merito e 5 giorni per il suo deposito, previsti a pena di inefficacia. Sarà, quindi, tecnicamente possibile avere ricorsi in materia cautelare proposti prima dell'introduzione del giudizio di merito, con l'onere per il ricorrente di proporre il ricorso entro 15 giorni dall'emanazione del provvedimento cautelare e di depositarlo nei 5 giorni successivi, a pena di decadenza.

Un'altra disposizione riguardava la celebrazione della udienza di merito dopo l'accoglimento della domanda cautelare (articolo 3). Il legislatore richiedeva che, in caso di accoglimento della domanda cautelare, per assicurare la ragionevole durata del processo, l'udienza di merito fosse celebrata entro il termine di un anno. In realtà,

qui, il legislatore non si è attenuto completamente all'indicazione del legislatore delegante, perché non ha stabilito che l'udienza di merito, in caso di accoglimento della misura cautelare, venga fissata entro un anno dalla misura cautelare, ma ha semplicemente stabilito che l'ordinanza con cui è disposta una misura cautelare fissa la data di discussione del ricorso nel merito. Non necessariamente, quindi, in una misura cautelare avremo il merito a un anno: il disposto della norma si riduce, semplicemente, in un'indicazione ad una maggiore celerità.

L'ultimo criterio direttivo riguardava la concentrazione delle impugnazioni e l'effetto devolutivo dell'appello. Su quest'ultimo, si ricorda quanto già espresso a proposito della riproposizione delle eccezioni e domande assorbite, e cioè che deve essere fatta, a pena di decadenza, entro il termine per la costituzione. L'appello in materia di giudizio amministrativo è devolutivo, ma non completamente, perché per una questione e per un caso, che è quello dell'appello in materia cautelare, l'effetto devolutivo è mitigato.

Per effetto devolutivo si intende che il giudice d'appello conosce solo e soltanto delle questioni che gli vengono devolute attraverso il mezzo di impugnazione. Per l'appello cautelare, però, come limite a questo principio devolutivo è prevista dall'articolo 62 la possibilità del giudice d'appello di rilevare d'ufficio la violazione delle norme in materia di competenza.

Per rafforzare il carattere inderogabile della competenza per territorio, e funzionale a maggior ragione, introdotta dal nuovo Codice, il legislatore delegato ha ritenuto di limitare l'effetto devolutivo dell'appello consentendo al giudice dell'appello cautelare di rilevare d'ufficio la violazione delle norme in materia di competenza.

Passiamo, ora, ai principi generali.

L'articolo 1 è una norma apparentemente programmatica, ma che ha una serie di ricadute sulle altre norme del Codice processuale. Esso prevede che la giurisdizione amministrativa assicuri una tutela piena ed effettiva, secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo. Ciò su cui vale la pena interrogarsi è che cosa significhi tutela piena.

È stato già detto che c'è un mutamento di prospettiva verso un ampliamento dei poteri di cognizione del giudice amministrativo, che non sono più limitati all'atto ma estesi al rapporto. Questo si dice ogni volta che c'è una riforma sostanziale del processo amministrativo ma, probabilmente, è ancora più vero adesso, e, di seguito, si tenterà di vedere il perché.

Innanzitutto la pienezza è data dall'ampliamento dei mezzi di prova perché, chiaramente, se la tutela deve essere piena e il giudice deve conoscere tutto, il mezzo attraverso cui lo può fare è il mezzo di prova. Il Codice ha voluto attribuire al giudice amministrativo quasi tutti i mezzi di prova previsti dal Codice di rito. Ne sono rimasti fuori l'interrogatorio formale ed il giuramento, questo per la vecchia concezione, a mio avviso ancora valida per la gran parte dei casi, dell'indisponibilità del diritto in contesa. Come noto, infatti, l'interrogatorio formale è preordinato alla confessione,

la quale richiede la possibilità di disporre del diritto, ed il giuramento di prova è un altro mezzo con cui si dispone del diritto, rispondendo sotto giuramento ad una serie di capi di prova.

Per il resto, tutti gli altri mezzi di prova, compresa la prova testimoniale, sia pure soltanto nella forma scritta, quindi non nella forma orale, sono stati ammessi in tutti i casi di giurisdizione e non solo nei casi di giurisdizione esclusiva, dove pure c'era stato una ampliamento. Ci si riferisce, quindi, alla consulenza tecnica, alla verificazione, alla prova testimoniale ed all'ispezione.

Non sono riportati espressamente, ma per quella norma del rinvio esterno al Codice di procedura civile mi sembrano applicabili anche al giudizio amministrativo, alcuni mezzi di prova che, in realtà, sono piuttosto negletti nelle aule processuali. Mi riferisco, ad esempio, alle riproduzioni meccaniche e agli esperimenti, cioè: quando si tratta di riprodurre un fatto, il giudice può disporre che questo fatto venga simulato; anche questo, quindi, è un mezzo di prova, previsto dall'articolo 261 del Codice di procedura civile, credo ammissibile anche davanti al giudice amministrativo. Il riconoscimento della scrittura privata e la verificazione sono, invece, due giudizi sul fatto che servono ovviamente ad accertare la paternità di una firma.

Un altro aspetto della pienezza della tutela riguarda il giudizio sul silenzio in adempimento, cioè il caso in cui l'amministrazione, nel termine previsto dalla legge, non emetta un provvedimento, favorevole o sfavorevole, rispetto al richiedente. Nel giudizio sul silenzio il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa di tutto il giudizio, solo quando si tratti di attività vincolata – questo era già previsto precedentemente, già a partire dalla legge n. 15/05 – e solo quando all'attività amministrativa che non è stata esercitata ed è vincolata se ne è aggiunta un'altra; quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione; ovvero quando, in presenza di un'attività discrezionale, tutti gli aspetti dell'esercizio di questa libertà di valutazione lasciata all'amministrazione sono stati esercitati e non è necessario compiere più adempimenti istruttori da parte dell'amministrazione.

In caso credo che la norma riecheggi un po' le disposizioni dell'articolo 21 *octies* della legge n. 15/05 e sia quindi un invito all'amministrazione, ed agli avvocati, a segnalare, nei casi di giudizio sul silenzio, aspetti che devono essere ancora approfonditi e che è necessario che l'amministrazione, per le sue competenze tecniche, approfondisca, onde evitare che il giudice si pronunci sulla fondatezza della pretesa e quindi, in un certo senso, obblighi poi l'amministrazione a emettere un certo provvedimento.

In passato, il giudice amministrativo aveva risolto la questione con la proposizione di ricorso con motivi aggiunti, nell'ambito del giudizio sul silenzio, avverso il provvedimento che era stato emanato successivamente all'amministrazione. L'ipotesi in questione è questa: il cittadino chiede, l'amministrazione non risponde nel termine; si inizia il procedimento sul silenzio, nel corso del quale l'amministrazione emette un provvedimento, si presume non satisfattivo perché, se lo fosse stato, ovviamente da parte del ricorrente non ci sarebbe alcun interesse ad impugnarlo. In questi casi, il ricorrente proponeva un ricorso con motivi aggiunti avverso il provvedimento negativo emesso.

Il giudice amministrativo ha sempre ritenuto che il giudizio sul silenzio non si potesse convertire nel giudizio sull'atto perché, ovviamente, il giudizio sul silenzio aveva un suo rito speciale accelerato, e con questo sistema non si poteva applicare al giudizio ordinario il rito speciale previsto per il giudizio sul silenzio.

In questo caso, l'impugnazione del ricorso con motivi aggiunti veniva dichiarata inammissibile – salva la possibilità di vedere se si poteva convertire, ma la conversione non era consentita – e il ricorso sul silenzio veniva dichiarato improcedibile perché, nel frattempo, era stato emesso il provvedimento.

Adesso è prevista una disposizione che regola il concorso di domande soggette a riti diversi. Il principio è che quando più azioni sono soggette a riti diversi, si applica quello ordinario, salvo quanto previsto ai capi I e II del Titolo V del Libro IV. Applicando quindi, la regola al nostro caso, tra il rito del silenzio e il rito ordinario si applicherebbe quest'ultimo.

Questa norma credo abbia superato il precedente problema della proposizione del ricorso con motivi aggiunti avverso il provvedimento sopravvenuto. La possibilità di cumulo di azioni nello stesso giudizio soggette a riti diversi, comporta, infatti, che il giudice amministrativo, adito sul silenzio e con ricorso con motivi aggiunti, possa conoscere anche del ricorso motivi aggiunti contro il provvedimento sopravvenuto applicando il rito ordinario a tutta la controversia. Viene così superato il limite precedente dell'incompatibilità dei due riti attraverso l'estensione al silenzio anche del rito ordinario.

A questo punto, è, quindi, possibile rispondere al quesito che ci si era posti in precedenza, circa il significato dell'espressione "tutela piena".

L'articolo 8 stabilisce che il giudice amministrativo conosce, senza efficacia di giudicato, di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative ai diritti. Ovviamente l'ipotesi è che, nelle materie in cui non ha giurisdizione esclusiva ma soltanto di legittimità, possa decidere di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti. Questo significa che la cognizione, in questo caso, si estende anche alle controversie relative a diritti, anche se qui, forse, la dizione più esatta sarebbe "questione pregiudiziale", giacché la questione incidentale, ai sensi dell'articolo 34 del Codice di procedura civile, è la questione pregiudiziale che deve essere decisa con efficacia di giudicato. La norma afferma sostanzialmente che il giudice amministrativo, che si trovi in sede di giurisdizione di legittimità – quindi solo su interessi legittimi – può risolvere una questione di diritto quando sia pregiudiziale, ma deve farlo senza

efficacia di giudicato. Ebbene, in questo caso parrebbe, forse, più corretto dire che si tratta di una questione pregiudiziale e non incidentale, perché il termine tecnico "incidentale" fa riferimento a questioni pregiudiziali che per volontà delle parti devono essere decise con efficacia di autorità di cosa giudicata.

Restano riservate – e questo è un limite alla tutela piena – le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle persone (prima si diceva "privati individui", questa variazione appare molto opportuna perché si estende il regime in questione anche alle persone giuridiche), salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio; ma, in questo caso, il giudice non decide più *incidenter tantum* bensì con efficacia di giudicato, ancorché formale: se una parte può stare in giudizio correttamente oppure no, è, quindi, una statuizione che decide con efficacia di giudicato e quindi non è una questione pregiudiziale. Resta, altresì, riservata la risoluzione dell'incidente di falso, riservata al giudice ordinario anche per la necessaria partecipazione del Pubblico ministero che, nel giudizio amministrativo, non è prevista.

Il secondo principio dell'articolo 1, oltre alla tutela piena, di cui sono stati evidenziati i corollari, è quello della effettività.

L'effettività è una nozione che, nel nostro ordinamento, è entrata per effetto di ordinamenti sovranazionali.

In particolare, nell'ordinamento comunitario per effettività si intende l'equivalenza della tutela assicurata alle situazioni soggettive di origine comunitaria rispetto a quella assicurata dall'ordinamento nazionale. In altre parole, una tutela è effettiva quando la situazione soggettiva comunitaria è trattata nello stesso modo delle analoghe situazioni soggettive del diritto nazionale, ed è trattata in modo da non rendere praticamente impossibile né eccessivamente difficile la tutela.

Pertanto, la tutela assicurata dall'ordinamento nazionale non deve essere tale da rendere difficile, o praticamente impossibile, il suo esercizio.

Ricadute ve ne sono nei giudizi di costituzionalità. Si ricordi, di recente, ad esempio, un giudizio di costituzionalità su una norma che limitava a 120 giorni la sospensione da parte del giudice ordinario in materia di aiuti di Stato; in quel caso si è detto che la Corte costituzionale rendeva praticamente impossibile la tutela, con relativa mancata applicazione del principio di effettività, che è, inevitabilmente, ricollegato all'articolo 24 della Costituzione e cioè all'esercizio del diritto di difesa, perché 120 giorni di sospensione sono pochi rispetto a un giudizio in materia di aiuti di Stato davanti al giudice ordinario e che si presenta particolarmente complesso (si trattava di recuperare somme che l'INPS aveva indebitamente erogato a titolo di aiuto di Stato). La parte che subisce questa

azione di recupero degli aiuti di Stato ha, pertanto, solo 120 giorni per la possibilità di vedere il provvedimento di recupero sospeso, ma è evidente che in 120 giorni il giudizio non è attuabile, con la conseguenza che la tutela diventa estremamente difficile.

Un'interpretazione autentica di questo principio di effettività da parte del legislatore delegato è, però, contenuta nell'articolo 7, comma 7, del Codice.

Il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione, davanti al giudice amministrativo, di ogni forma di tutela di interessi legittimi e nelle particolari materie, indicate dalla legge, dei diritti soggettivi.

L'effettività, cioè, è intesa non come satisfattività, ovvero capacità del processo di soddisfare il bisogno di tutela di chi agisce in giudizio, ma come concentrazione, cioè come possibilità del giudice amministrativo di conoscere pienamente la vicenda processuale. Concentrazione, dunque, intesa nel senso che nel processo devono entrare tutti gli aspetti che riguardano la tutela di quella situazione soggettiva azionata.

Da questo punto di vista, forse, sarebbe anche necessario prevedere una norma sulla disciplina della giurisdizione per connessione, perché esistono dei casi in cui le norme sulla giurisdizione attribuiscono parte di una controversia al giudice ordinario e parte al giudice amministrativo. Questo accade, ad esempio, in materia di servizi pubblici, dove spesso ci sono anche aspetti che riguardano un appalto, in ragione del fatto che le prestazioni conferite a chi svolge il pubblico servizio sono abbastanza complesse. In questo caso, abbiamo da una parte la giurisdizione del giudice amministrativo sul servizio e dall'altra la giurisdizione sull'esecuzione dei rapporti in materia di appalti.

Ci sono stati casi in cui questa concorrenza è andata a danno dell'effettività, intesa nel senso di concentrazione, e sono stati risolti dalla Corte di Cassazione attraverso la deroga alla giurisdizione per ragioni di connessione.

In altre parole: quando una stessa vicenda processuale è attribuita per diversi aspetti a due autorità giudiziarie e ordinarie, non possiamo avere due processi diversi: ci deve essere una concentrazione davanti a un unico giudice; di conseguenza, un'attuazione piena di questo principio di effettività intesa in senso di concentrazione avrebbe forse potuto portare a una norma sulla deroga della competenza che recepisse un principio della Corte di Cassazione che, nella sentenza delle Sezioni unite n. 12.252/09, prevede che in questi casi di concorrenza di giurisdizione si applichi il principio della prevalenza, ovvero che l'aspetto prevalente, dal punto di vista economico quantitativo della controversia, designa il giudice che deve conoscere tutta la controversia.

C'è, tuttavia, un altro aspetto dell'effettività da considerare, ovvero quello della satisfattività, inteso quale capacità di soddisfare il bisogno di tutela. Da questo punto di vista, è necessario richiamare l'articolo 34, lettera e, del Codice, il quale prevede, forse, un'anticipazione dell'aspetto dell'ottemperanza già alla cognizione.

Così recita l'articolo in questione: «in caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda, dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del

giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario *ad acta*, che può avvenire anche in sede di cognizione».

Questa norma è probabilmente un relitto di quella che era stata concepita come l'azione di adempimento nella bozza redatta dalla Commissione e che, soppressa nel passaggio alla Presidenza del Consiglio, è rientrata attraverso questa disposizione, che consente al giudice di attribuire, già in sede di cognizione, le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato.

Non vi è più, dapprima, un giudizio di cognizione in cui il giudice annulla e dà le direttive per il semplice riesercizio, e, poi, una fase dell'ottemperanza in cui si dà esecuzione, in caso di inadempimento da parte dell'amministrazione, a quel giudicato, bensì un'anticipazione di questo aspetto riguardante l'attuazione del giudicato, quindi, non solo della stretta esecuzione, ma anche dell'attuazione, termine che, come noto, il giudice amministrativo utilizza per comprendere anche tutte quelle misure che non sono immediatamente contenute nel giudicato, ma che sono un successivo svolgimento di quei principi in esso contenuti.

Tutto questo materiale, che prima era del giudizio di ottemperanza, viene, dunque, anticipato al giudizio di cognizione, ivi compresa la nomina di un commissario *ad acta* che può avvenire anche in sede di cognizione, con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza.

Si può, quindi, ritenere che la nomina del commissario *ad acta* in sede di cognizione abbia effetto alla scadenza del termine per l'ottemperanza, cioè nel caso in cui la sentenza passi in giudicato. È anche vero che, altrove, il Codice usa il termine "ottemperare" anche per l'esecuzione delle sentenze di primo grado non sospese e che, quindi, almeno da un punto di vista teorico vi potrebbe essere la nomina del commissario *ad acta* in sede di cognizione, e la sua entrata in funzione, in un certo termine, nonostante la proposizione dell'appello.

Il primo aspetto dell'effettività è l'anticipazione dell'esecuzione già alla fase della cognizione, e quindi una soddisfazione maggiore da parte del ricorrente che già sa, dal giudice della cognizione, come l'amministrazione dovrà ottemperare. L'altro aspetto riguarda i giudizi in materia di contratti pubblici perché, recependo quella che era già stata la Direttiva contratti e poi la legge n. 53/10, nell'articolo 121 è previsto il potere, da parte del giudice amministrativo che annulli l'aggiudicazione definitiva, di dichiarare l'inefficacia del contratto precisando in che termini questa inefficacia deve avere luogo.

Qui la soddisfazione immediata con la sentenza in sede di giudizio di cognizione è evidente, perché il giudice regola direttamente il rapporto che annulli l'aggiudica-

zione stabilendo se, e in che limiti, il contratto stipulato sulla base dell'aggiudicazione annullata debba avere corso.

Questo è un caso di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, articolo 133, lettera l, che per alcuni commentatori sembra essere forse più un caso di giurisdizione di merito, perché non si limita soltanto la cognizione di diritti, cioè la cognizione del rapporto che riguarda l'appalto, ma vi è, addirittura, la modifica del contratto, del rapporto, direttamente da parte del giudice amministrativo.

Altro caso di immediata satisfattività del giudizio è quello previsto dall'articolo 112, il quale consente che nel giudizio di ottemperanza venga proposta anche l'azione di risarcimento del danno, di cui all'articolo 30, comma 5.

Mentre prima non era consentito, nel giudizio di ottemperanza, proporre l'azione di risarcimento del danno da lesione di provvedimento amministrativo illegittimo che era stato annullato, se non limitatamente al risarcimento del danno subito per effetto della mancata esecuzione del giudicato – cosa già ammissibile in sede di ottemperanza –, adesso anche l'azione di risarcimento del danno derivante dal provvedimento illegittimo annullato può essere immediatamente proposta al giudice dell'ottemperanza.

In questo caso, però, si pone un problema, in considerazione del fatto che ci sono casi in cui il giudice dell'ottemperanza è il Consiglio di Stato, come nei casi in cui il giudicato è stato emesso dal Consiglio di Stato ed abbia modificato la statuizione del giudice del TAR.

Questa norma consentirebbe, allora, di proporre l'azione risarcitoria per la prima volta in sede di ottemperanza davanti al Consiglio di Stato, con una deroga alla configurazione del Consiglio di Stato come giudice di secondo grado; addirittura, dice il Codice, come giudice di ultimo grado.

È vero che il doppio grado di giurisdizione, nel nostro ordinamento, non ha una copertura costituzionale; tuttavia, mi sembra si tratti di una possibilità abbastanza forte, che deve essere valutata in tutte le sue implicazioni, a meno che non si ritenga che quell'ultimo inciso, che prevede: «in tal caso il giudizio di ottemperanza si svolge nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario», non significhi che in questo caso, nonostante la competenza sia del Consiglio di Stato in sede di ottemperanza, si debba ritenere competente il TAR.

L'articolo 34, lettera c, è un'altra norma che riguarda l'effettività intesa in senso di satisfattività. Il Codice dispone che, in caso di accoglimento del ricorso, il giudice, nei limiti della domanda, «condanna al pagamento di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento del danno, all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e dispone misure di risarcimento».

Questa possibilità di adottare le misure idonee a tutelare la situazione giuridica è un'altra anticipazione del giudizio di ottemperanza alla fase di cognizione.

La norma parla di condanna al pagamento di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento, ma ci si potrebbe far rientrare anche l'azione di condanna ad un *facere* specifico, quindi all'emissione di un provvedimento, anche in ragione del

fatto che l'azione che viene esercitata è atipica: "all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio".

La possibilità di un'azione atipica davanti al giudice amministrativo, per l'emanazione di un provvedimento amministrativo, è, però, stata ridimensionata dai primi commentatori, nel senso che anche coloro che ammettono che attraverso questa norma si possa arrivare a un'azione di adempimento e di condanna davanti al giudice amministrativo e all'emissione di un provvedimento da parte dell'amministrazione, ritengono che lo si possa fare solo in presenza di attività vincolata, oppure quando ci sia quell'esaurimento della discrezionalità che abbiamo visto a proposto del giudizio sul silenzio.

Il ragionamento è questo: se nel giudizio sul silenzio la possibilità di conoscere la fondatezza della pretesa è limitata soltanto all'attività vincolata o all'ipotesi di esaurimento della discrezionalità, anche questo caso, in cui la norma non dice nulla, deve essere contenuto in questi limiti.

Quindi, se si tratta di azione di adempimento deve esserlo solo quando l'attività amministrativa è vincolata, o quando c'è stato un esaurimento degli aspetti della discrezionalità.

Non considerando gli ulteriori aspetti riguardanti i principi generali e l'applicazione del diritto europeo, appare necessario affrontare le problematiche relative alla giurisdizione.

L'articolo 7 è la norma che definisce la giurisdizione del giudice amministrativo.

Innanzitutto è da sottolineare che la giurisdizione non è più intesa in chiave oggettiva bensì soggettiva, e questo testimonia, con chiarezza, l'evoluzione della concezione del giudizio amministrativo da un giudizio sull'atto a un giudizio probabilmente sul rapporto.

Non vi è più, quindi, una definizione dell'azione formulata nel senso della conoscenza dei vizi di eccesso di potere, di incompetenza o di violazione di legge del provvedimento, ma l'affermazione che sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti.

Come è evidente, non ci si riferisce più, soltanto, agli atti o provvedimenti ma a controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e diritti soggettivi.

C'è, quindi, una chiara variazione da una chiave oggettiva a una chiave soggettiva della giurisdizione.

Nell'articolo 1, dove si afferma: «nelle materie indicate dalla legge», cioè le materie di giurisdizione esclusiva, «di diritti soggettivi », secondo alcuni commentatori, in realtà, mancherebbe un "anche", perché le materie di giurisdizione esclusiva sono quelle in cui c'è un intreccio di interessi legittimi e diritti soggettivi.

La parola "anche", in realtà, è recuperata nel comma 5 della stessa norma, in cui si dice che «nelle materie di giurisdizione esclusiva il giudice amministrativo conosce pure ai fini risarcitori anche delle controversie nelle quali si faccia questione dei diritti soggettivi».

Probabilmente, però, l'omissione di "anche" è stata determinata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, in particolare dalla sentenza della Corte costituzionale n. 35/10, che ha espressamente ammesso nelle materie di giurisdizione esclusiva che il giudice amministrativo possa conoscere anche solo di diritti soggettivi, e non è necessario che la materia preveda un intreccio di interessi legittimi e diritti soggettivi, purché si tratti di materie e non di blocchi di materie e purché il diritto sia connesso al mancato esercizio di un potere amministrativo.

Il caso in questione nella citata sentenza verteva sulla materia di giurisdizione del TAR sui rifiuti, trattando di una controversia meramente patrimoniale fra due privati.

Il Tribunale di Napoli aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale della norma che la prevedeva, sostenendo che ci si trovasse di fronte a diritti patrimoniali e che, quindi, non era ammissibile un caso di giurisdizione esclusiva. La questione è stata rigettata perché la Corte costituzionale ha ritenuto che la giurisdizione esclusiva possa essere anche soltanto sui diritti soggettivi.

C'è il riferimento all'esercizio o al mancato esercizio del potere amministrativo: questo è il limite, a cui ci si riferiva, in precedenza, voluto dalla Corte costituzionale per ammettere la legittimità di casi di giurisdizione esclusiva riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti. Ovviamente, non si tratta più di una giurisdizione sull'atto, sul provvedimento, ma anche sul comportamento, riconducibile anche immediatamente all'esercizio di tale potere.

"Anche immediatamente" significa, poi, che non sempre l'amministrazione esercita il proprio potere nella forma dell'atto autoritativo del provvedimento amministrativo, ben potendo esercitare i propri poteri, per soddisfare interessi pubblici, anche attraverso l'attività di diritto privato.

In questo caso vi è l'esercizio di un potere come – ad esempio – l'attività di gestione dei rifiuti, in cui i moduli attraverso i quali si manifesta l'azione non sono solo i moduli autorizzativi del provvedimento amministrativo, bensì i moduli di diritto privato. In questo caso, se la controversia attiene comunque all'esercizio di un potere, ancorché immediatamente, la giurisdizione è del giudice amministrativo.

La giurisdizione di legittimità comprende, ancora una volta, non solo atti o provvedimenti, ma anche omissioni – tra le quali facciamo rientrare anche il giudizio sul silenzio –, comprese quelle relative al risarcimento del danno, che pure spettano al giudice amministrativo, ancorché venga adito soltanto in sede di legittimità.

La norma utilizza ancora la vecchia dizione "diritti patrimoniali consequenziali", che è un sintagma tralaticio che si rifà alla teoria per cui il diritto sorge dopo l'annullamento dell'atto. Invero, parrebbe che il diritto patrimoniale consequenziale non è più una espressione molto moderna, perché se il risarcimento del danno può essere introdotto anche in via autonoma, non è consequenziale ad un annullamento.

I casi di giurisdizione esclusiva – alcuni, in precedenza evidenziati – sono: il danno da ritardo; la mancata emissione o l'emissione in ritardo di un provvedimento amministrativo; i contratti pubblici, di cui si è trattato, poiché pare non trattarsi di giurisdizione esclusiva ma di merito.

Sono scomparse le controversie in materia di spedalità, un caso di giurisdizione che era esclusiva e che però non ritroviamo più nel catalogo del Codice.

La norma, sempre all'articolo 7, fa, poi, riferimento agli altri casi previsti dalla legge, e già è stato evidenziato un caso che non è stato inserito nel Codice, ed è quello della *class action*.

Queste sono alcune delle materie relative alla giurisdizione di merito; in particolare, le sanzioni pecuniarie, la cui contestazione è devoluta al giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle autorità amministrative indipendenti.

C'è, inoltre, una norma sul ricorso straordinario, che però il Codice limita soltanto alle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa. Il ricorso straordinario adesso non è più ammesso per le questioni che riguardano diritti soggettivi che non sono devolute al giudice amministrativo.

La stessa legge di delega, la 69/09, ha anche previsto che nel ricorso straordinario possa essere sollevata la questione di costituzionalità e che il parere reso dal Consiglio di Stato è vincolante.

È possibile,ora, passare ad analizzare la problematica inerente la questione di giurisdizione, interrogandosi, innanzitutto, su quando si pone una questione di giurisdizione e su come sorge davanti al giudice amministrativo.

Una questione di giurisdizione si pone tradizionalmente quando viene rilevato un limite esterno della giurisdizione e cioè quando il giudice, ad esempio, violi la riserva del potere legislativo o amministrativo. Pensiamo a un'ipotesi di giurisdizione in cui venga adottata da parte del giudice una sentenza ammissibile soltanto nei casi di giurisdizione di merito quando invece tale non è (questa è una violazione della riserva del potere amministrativo); oppure quando viene affermata erroneamente una riserva di giurisdizione, mentre in realtà la giurisdizione non spetta; oppure, quando c'è violazione dei limiti esterni rispetto ad altre autorità giudiziarie.

Tra i casi di giurisdizione c'è anche il vizio di costituzione del giudice, ovvero quando il Collegio giudicante non è formato come prevede la legge, purché si tratti di un'alterazione sostanziale della composizione e non della presenza di un giudice senza *potestas*, ad esempio perché magari è stato trasferito. Questi casi si sono posti a proposito delle sentenze emesse dal TAR Trentino Alto Adige, poiché, come noto, la composizione del Consiglio di Stato per le sentenze emesse dal TAR Trentino Alto Adige prevede la presenza di un giudice speciale che conosce la lingua tedesca e che deve formare il Collegio.

La questione di giurisdizione, però, sorge non solo nei casi di violazione dei limiti esterni della giurisdizione, ma anche nel caso in cui il giudice ometta di esercitare un potere giurisdizionale che gli viene conferito. La questione, ad esempio, si è posta quando il giudice amministrativo riteneva che non fosse ammissibile l'azione autonoma di risarcimento del danno. In questo caso la Corte di Cassazione, per poter ammettere il ricorso per Cassazione – dato che il ricorso contro le sentenze del giudice amministrativo è ammissibile solo per motivi attinenti alla giurisdizione – ha adottato un concetto evoluto di questione di giurisdizione, che non riguarda soltanto i limiti esterni ma anche il modo in cui esercita la sua giurisdizione, cioè se ritiene di poterla esercitare oppure no. Questo orientamento è stato ribadito poi nel 2008 ed anche recentemente, ancorché la Corte di Cassazione abbia rigettato il ricorso perché non si trattava di un caso di violazione delle norme sulla giurisdizione intesa in questo senso, anche in una sentenza del 2010.

Il difetto di giurisdizione nel giudizio amministrativo viene rilevato d'ufficio solo nel giudizio di primo grado; nel giudizio di appello è rilevato solo se il motivo di giurisdizione viene dedotto come motivo di gravame.

In questo, il Codice del processo amministrativo si è adeguato alle decisioni della Corte di Cassazione, la quale ha ritenuto che non sia rilevabile d'ufficio in sede di gravame la questione di giurisdizione, e che quindi occorra uno specifico mezzo di impugnazione.

L'orientamento della Corte di Cassazione del 2008 era stato criticato da una parte della dottrina ma, di fronte a una norma che adesso prevede espressamente il principio devolutivo anche in materia di giurisdizione, ovviamente quando ci sono questioni di giurisdizione sulle quali il giudice amministrativo in primo grado non si è pronunciato vanno proposte con uno specifico motivo di impugnazione, altrimenti il giudice amministrativo non può pronunciarsi d' ufficio.

A proposito del regolamento preventivo di giurisdizione, per risolvere la questione di giurisdizione che si è posta davanti al giudizio amministrativo con una decisione, da parte della Corte di Cassazione, che regoli la giurisdizione e che quindi statuisca sulla giurisdizione e dica qual è il giudice a cui spetta la giurisdizione, è prevista all'articolo 10 la possibilità di proporre il regolamento preventivo di giurisdizione.

Le modalità per la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione sono, innanzitutto, un termine iniziale. Il regolamento preventivo di giurisdizione, ovvero questo ricorso alla Corte di Cassazione perché regoli la giurisdizione, può essere proposto nel giudizio davanti ai Tribunali amministrativi regionali, quindi nel giudizio di primo grado e nel giudizio inteso in senso di merito.

Come abbiamo visto, è possibile una tutela cautelare *ante causam,* ma nel giudizio cautelare *ante causam* non è ammissibile un regolamento preventivo di giurisdizione, perché la Corte di Cassazione ritiene incompatibile il carattere celere ed urgente del giudizio cautelare rispetto alla necessità di risolvere la questione di giurisdizione.

Pertanto, solo nell'ambito del giudizio di merito e a giudizio di merito iniziato, si può proporre il regolamento preventivo di giurisdizione.

Nulla dice, il Codice, invece, sul termine finale, per la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione nel corso del giudizio di primo grado.

Vi sono, quindi, due possibilità: la prima, è di far ricorso a quella norma sul rinvio interno per cui, in caso di lacuna, si applica una norma del Codice che è, quantomeno strettamente, applicabile a quella fattispecie, come ad esempio, la norma dell'articolo 15, comma 2, in materia di regolamento di competenza, che dice che si può proporre il regolamento di competenza anche quando siano state emesse decisioni interlocutorie o istruttorie.

La seconda possibilità è, invece, quella di fare riferimento al rinvio esterno, cioè al Codice di procedura civile – all'articolo 41, che tra l'altro è richiamato da questa norma – e quindi a tutta la giurisprudenza della Corte di Cassazione che ritiene non più ammissibile il regolamento preventivo quando la causa sia decisa nel merito, intendendo per decisione nel merito non solo la decisione sulla domanda, ma qualsiasi decisione che risolva una questione preliminare o pregiudiziale.

Il regolamento preventivo, quindi, non si potrebbe più proporre, coerentemente con questa seconda interpretazione, se sono state emesse sentenze da parte del giudice amministrativo, ancorché si tratti di sentenze parziali, non definitive o semplicemente sentenze di rito.

Si applica l'articolo 367 c.p.c. anche per il regolamento preventivo che si proponga durante il giudizio di primo grado davanti al giudice amministrativo, quindi con la necessità di depositare una copia del regolamento preventivo in giudizio davanti al TAR e la possibilità di chiedere eventualmente la sospensione; l'articolo 367, primo comma, infatti, regola la possibilità di chiedere la sospensione del giudizio davanti al giudice *a quo*, il quale può dare la sospensione quando ritiene che il regolamento preventivo non sia manifestamente inammissibile o infondato.

Una volta proposto il regolamento preventivo di giurisdizione, ci si interroga sulle sorti del giudizio amministrativo di primo grado.

Ovviamente, se il giudice sospende il giudizio perché ritiene che il regolamento sia non manifestamente infondato e inammissibile, appare non plausibile che si

possano concedere misure cautelari, ancorché l'articolo 2 dica che: «nel giudizio sospeso possono essere chieste misure cautelari». È, infatti, noto che, in questo caso il giudice *a quo* ha due possibilità di fronte al regolamento preventivo: se lo considera manifestamente inammissibile, non sospende il giudizio; se lo considera, invece, non manifestamente inammissibile, lo sospende, con la conseguenza, pertanto, che se dovesse ritenere che ci sia la possibilità che a lui non spetti la giurisdizione sospenderebbe il giudizio, senza, però, la possibilità di dare misure cautelari.

Laddove si dice «nel giudizio sospeso possono essere chieste misure cautelari» lo si intende in astratto, ma siccome il giudice ha già delibato la questione di giurisdizione ritenendola non manifestamente infondata o inammissibile – quindi è possibile che non abbia giurisdizione – si è già posto il problema della giurisdizione e l'ha già risolto, perché ha sospeso, nel senso della possibilità di essere privo della giurisdizione. Quindi, molto probabilmente, non concederà la tutela cautelare.

Se, invece, non ha sospeso il giudizio perché lo ha ritenuto manifestamente infondato e inammissibile, ovviamente non avremo più un giudizio sospeso né, quindi, la possibilità di una tutela cautelare.

Alla luce di queste considerazioni, questa norma del Codice sembrerebbe necessitare di un ritocco chiarificatore.

A questo punto, appare necessario interrogarsi sulla disciplina delle modalità di riassunzione della causa davanti al giudice amministrativo, dopo che è stato esperito il regolamento preventivo di giurisdizione.

L'ipotesi della riassunzione dopo il regolamento preventivo di giurisdizione, cioè dopo la pronuncia da parte della Corte di Cassazione, non è espressamente regolata.

Vi è, in realtà, una norma in materia di *translatio iudicii* che regola la riassunzione, dopo la decisione di un giudice amministrativo, da parte di un giudice non amministrativo. La norma dell'articolo 11 in materia di *translatio* dice che, se in una controversia introdotta davanti ad altro giudice – quindi non davanti al giudice amministrativo –, le Sezioni unite della Corte di Cassazione investite dalla questione di giurisdizione attribuiscono quest'ultima al giudice amministrativo, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, sono fatti salvi gli effetti processuali sostanziali, se il giudizio è riproposto dalla parte che vi ha interesse, nel termine di tre mesi dalla pubblicazione della decisione delle Sezioni unite.

Qui il presupposto è che il regolamento preventivo sia stato fatto in una controversia davanti al giudice ordinario, si sia andati in Cassazione e si debba riassumere il giudizio davanti al giudice amministrativo. Questa non è la norma da applicare all'ipotesi in cui il regolamento di giurisdizione sia stato proposto nel corso del giudizio amministrativo, e il giudice della Cassazione abbia statuito sulla giurisdizione nel senso che essa spetta al giudice amministrativo.

Ci si domanda, dunque, quali soluzioni siano prospettabili.

Difficilmente risulta applicabile il termine di tre mesi, che è un termine generale previsto dall'articolo 11 ma per la riassunzione, dato che qui si tratta, in realtà, di una prosecuzione davanti allo stesso giudice amministrativo (l'articolo 80 parla di 90 giorni, non di tre mesi, quindi con un problema del calcolo dei termini).

Non si applica, poi, sicuramente, l'articolo 367 secondo comma, che prevede un termine di sei mesi, perché quella è una norma dettata per l'ipotesi di riassunzione, dopo la sentenza della Corte di Cassazione che regola la giurisdizione, davanti al giudice ordinario.

In mancanza di una norma espressa è, quindi, possibile ritenere che il termine sia quello di tre mesi e che il giudizio possa essere proseguito mediante una semplice istanza di fissazione dell'udienza e cioè che non debba essere riassunto con un atto notificato.

La *translatio iudicii* è il regime della riassunzione del processo dopo una decisione, o di un altro giudice oppure della Corte di Cassazione, che attribuisca la cognizione della controversia a un giudice diverso da quello preventivamente adito.

È, quindi, necessario porre le due norme a confronto: quella dell'articolo 11, la nuova norma, e quella dell'articolo 59 della legge n 69/09, che fino al 16 settembre era la norma che regolava tutte le ipotesi di *translatio iudicii*, posto che, per quanto riguarda il giudice amministrativo, adesso abbiamo la concorrenza di queste due disposizioni e non è affato chiaro quale debba essere applicata.

Si tratta di un'ipotesi di concorrenza tra norme perché entambe sono formulate in termini generali, abbracciando, cioè, tutte le ipotesi.

L'articolo 11 sancisce che: «quando la giurisdizione è declinata al giudice amministrativo in favore di un altro giudice nazionale o viceversa»; l'articolo 59 prevede che: «il giudice che, in materia civile, amministrativa, contabile, tributaria». Pertanto, hanno riguardo a tutte e due le ipotesi.

Il problema sorge perché, benché tutte e due le norme abbiano lo stesso ambito di applicazione, non sono formulate nello stesso modo.

Intanto, solo l'articolo 59 prevede la pronuncia sulla giurisdizione resa dalle Sezioni unite e vincolante per ogni altro giudice, mentre l'articolo 11 non lo prevede espressamente, ed è desumibile dal sistema, in virtù della collocazione della Corte di Cassazione al vertice dell'ordinamento giudiziario.

Il quesito riguarda, ad ogni modo, quale sia il termine applicabile.

L'articolo 11 parla di «termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia declinatoria o dalla pronuncia della Cassazione», mentre l'articolo 59 sancisce: «entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia di cui al comma 1».

I termini sono gli stessi e sono formulati nello stesso modo: tre mesi e tre mesi.

Non è escluso, però, che la riassunzione possa avvenire anche prima del termine di tre mesi, con la conseguenza che subito dopo una sentenza declinatoria della giurisdizione non sia necessario aspettare il passaggio in giudicato avendo tre mesi per riproporla, ben potendosi riproporla anche prima.

Ancora sulla questione, si presentano, inoltre, degli ulteriori problemi, particolarmente delicati, di coordinamento tra il giudizio riproposto davanti al giudice *ad quem* e l'eventuale appello contro la decisione declinatoria sulla giurisdizione, che si risolvono, forse, con la possibilità di una sospensione ai sensi dell'articolo 48 del Codice di procedura civile (è una sospensione facoltativa, meglio articolo 367).

Ulteriore quesito che è necessario porsi riguarda, poi, cosa si ripronga davanti al giudice amministrativo.

Il problema potrebbe sembrare meramente nominalistico, ma, in realtà, non lo è affatto, poichè ha avuto ricadute pratiche.

L'articolo 59 dice che viene riproposta la "domanda", mentre l'articolo 11 dice che viene riproposto il "processo o il giudizio".

A mio avviso, è più corretta la disposizione dell'articolo 59, perché non è lo stesso processo che trasmigra da un giudice all'altro, ma la stessa domanda, tanto è vero che il legislatore ha dovuto prevedere espressamente la salvezza degli effetti processuali o sostanziali.

Se fosse lo stesso processo che trasmigra da una parte all'altra, non ce ne sarebbe stata la necessità. Viceversa, siccome è un nuovo processo in cui si propone la stessa domanda, il legislatore ha adottato una *fictio iuris*. L'articolo 59, ad esempio dice: «si producono gli effetti sostanziali e processuali», come se la domanda fosse stata proposta davanti al giudice originariamente adito.

Qual è la ricaduta pratica di questa teoria?

Se ci si trova di fronte ad uno stesso processo che passa da un giudice all'altro, teoricamente non vi è soluzione di continuità, quindi ci si potrebbe trovare di fronte ad un giudizio che, in tutte le sue fasi, può essere durato dieci anni davanti al giudice ordinario e poi sia passato davanti al giudice amministrativo. Se è un unico processo, questi due tronconi dovrebbero sommarsi, ed è facile immaginare quali conseguenze ci siano sulla durata ragionevole ai fini della cosiddetta legge Pinto.

Se, al contrario, lo si intende come riproposizione della domanda, si avranno due giudizi diversi e il ricorrente non potrà chiedere un indennizzo per la durata ragionevole del processo sommando i due tronconi.

Si tratta di una nuova domanda al punto che, sebbene l'articolo 11 del Codice non preveda nulla, l'articolo 59 prevede che la domanda si propone con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile; perciò, non è lo stesso giudizio che trasmigra, ma è la stessa domanda che si propone con le forme proprie del giudizio davanti al giudice *ad quem*.

Ovviamente, nel giudizio amministrativo non basterà una semplice istanza di prosecuzione, ma occorrerà rinotificare il ricorso, perché la domanda la si propone e,

quindi, si ripropone, davanti al giudice amministrativo, con atto notificato. Ovviamente, vi è una trasmigrazione se la domanda viene riproposta davanti al giudice indicato, cioè davanti al giudice indicato nella sentenza del giudice *a quo*, nella sentenza della Cassazione; non c'è, invece, *translatio* se la domanda viene riproposta davanti a un giudice diverso e questo in quanto sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda, dice l'articolo 11.

L'articolo 59, invece, è più esplicito: «sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito fin dalla instaurazione del giudizio», proprio in quella prospettiva per cui si ripropone la domanda.

Restano ferme le preclusioni e le decadenze intervenute. Le norme sono formulate nello stesso modo.

Resta da comprendere che cosa si intenda per "ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute".

Per decadenza, ovviamente, ci si riferisce alla decadenza sostanziale, quindi se il ricorso davanti al giudice ordinario è stato proposto oltre il termine per impugnare l'atto (60 giorni), il giudice ordinario dice che la giurisdizione è del giudice amministrativo e il ricorrente ripropone la domanda davanti al giudice amministrativo, resta ferma la decadenza in cui è in corso, quindi la riproposizione davanti al giudice amministrativo non lo rimette in termini.

Più complesso è, invece, il discorso che riguarda il concetto di "preclusioni", perché, in genere, le preclusioni di cui il giudice deve tener conto sono quelle che si sono formate nel giudizio davanti a lui, mentre, in questo caso, il giudice *ad quem* deve tener conto delle preclusioni che si sono verificate in un altro giudizio.

Il giudizio ordinario ha varie fasi: una fase introduttiva, poi una fase di richiesta delle prove (l'articolo 183 con i suoi termini); maturano delle preclusioni, si arriva a una sentenza, c'è una dichiarazione di difetto di giurisdizione e si va al TAR; il giudice amministrativo deve tener conto delle preclusioni che si sono formate nel giudizio ordinario.

La conservazione delle preclusioni deve anche tener conto del tipo di prova, perché si ritiene che se si tratta di prove documentali, prodotte già davanti al giudice ordinario, queste possono essere valutate senz'altro davanti al giudice amministrativo. Se si tratta, però, di prove non costituite ma costituende, raccolte davanti al giudice ordinario, non è possibile chiedere al giudice successivamente adito – al giudice *ad quem* – di raccogliere di nuovo, perché queste possono essere valutate come argomenti di prova.

Le preclusioni che si sono formate davanti al giudice ordinario, quindi, hanno l'effetto di far regredire alcuni tipi di prova – non le prove costituite, ovvero i documenti, ma le prove costituenti – dal rango di prova piena al rango di argomento di prova.

Se invece le prove sono state soltanto chieste ma non sono state accolte dinanzi al giudice *a quo*, le raccoglierà – ovviamente se non si sono verificate delle preclusioni – il giudice *ad quem* che, però, le valuterà, avendole raccolte, secondo i criteri del proprio giudizio.

Questo maturare delle preclusioni funziona diversamente a seconda che si tratti di prove costituite o costituende, di prove già raccolte o da raccogliersi ancora.

In ogni caso, c'è sempre il rimedio dell'errore scusabile, che tutte e due le norme opportunamente riportano. È vero, infatti, che maturano queste preclusioni, ma si potrà sempre chiedere al giudice *ad quem* di valutare se la questione non fosse particolarmente complessa, se per l'intervento di decisione della Corte di Cassazione non sia stato molto dubbia ai fini di una rimessione in termini davanti al giudice *ad quem*.

Cons. DE FRANCISCO

A questo punto, è, quindi, possibile passare alla trattazione della questione di competenza.

Innanzitutto, ritengo sia necessario segnalare che tutte le norme sul regolamento vanno poi interpretate alla luce dell'articolo 62, comma 4, che è, in sostanza, la norma che raccorda tutti i poteri che ha il giudice d'appello d'ufficio sul rilievo della competenza, e che è stata scritta pensando che più di un giudice di primo grado – nei quarant'anni che vanno dal 1971 al 2010 – non si è preoccupato di essere o meno competente per dare la tutela che riteneva conveniente agli amici che gliela chiedevano.

È, infatti, noto che uno dei principali, se non il principale problema, della disfunzione del giudizio amministrativo era il cosiddetto *forum shopping*, ossia l'andare al TAR che si riteneva più comodo, magari in virtù di un'amicizia con il presidente; tanto è vero che – prendendo le mosse da fatti analoghi realmente accaduti – quando il presidente si trasferiva da uno all'altro TAR c'era tutta una serie di studi legali che trasferivano di conseguenza le proprie domande cautelari, indipendentemente dal fatto: si finisse, per esempio, con l'impugnare il Piano regolatore di Aosta a Catania.

In vista di questa realtà sociologica, è stato scritto l'articolo 62, comma 4, che dunque ha un peso significativo anche sull'interpretazione dell'articolo 15 in materia di regolamento.

Appare necessario, comunque, aggiungere ancora alcune riflessioni su di un aspetto già trattato in precedenza, ossia quello della *translatio iudicii*.

Come noto, c'è stata una grande battaglia, anche a livello di commissioni parlamentari,sulla questione se, a seguito della *translatio*, cioè quando il contrasto tra le due parti si sposta dagli uffici giudiziari civili a quelli amministrativi, o viceversa, si dovesse parlare tecnicamente di riassunzione del giudizio o, invece, di riproposizione di un giudizio nuovo e diverso.

Il testo del nostro articolo 11 è stato scritto diversamente da come veniva proposto dalla Commissione presso il Consiglio di Stato, nella conclamata volontà di affermare il principio che si trattasse di un giudizio del tutto nuovo, dunque con l'effetto che è stato detto: non cumulabilità dei due periodi ai fini della legge Pinto, ma anche secondo l'esigenza del comma 6 che dice: «le prove raccolte valgono come elementi di prova».

Se fosse una riassunzione non avrebbe avuto senso.

Si diceva, da parte dei sostenitori dell'altra tesi, che l'articolo 59 della legge delega, cioè quello che introduceva la *translatio* in generale, parla di riassunzione. Se lo si osserva attentamente, nei suoi commi, esso parla due volte di riassunzione e due volte di riproposizione della domanda.

È, dunque, evidente che, sul punto, il legislatore del 2009 non aveva le idee particolarmente chiare.

L'articolo 11, invece, parla sempre di riproposizione di un nuovo processo e fonda la sua tesi sul rilievo che, a una attenta lettura, l'articolo 59 della legge delega – che non è ovviamente l'articolo che contiene la delega, ma è un altro articolo della stessa legge – conteneva già la previsione normativa secondo la quale le prove raccolte possono essere valutate come argomenti di prova; dunque, questo significa che le due volte in cui parla di riassunzione vanno considerate un refuso, giacché, in realtà, la corretta esegesi dell'articolo 59 è nel senso di proposizione di un nuovo giudizio. Se così non fosse, infatti, non avrebbe neanche particolare senso il comma 7 dell'articolo 11.

Questo era, probabilmente, l'aspetto fondamentale: sulla *translatio* c'è stata una scelta nettissima; è un giudizio nuovo, solo che, a certe condizioni – tempestività e riproposizione davanti a quel giudice indicato – c'è la *fictio iuris* e si fanno salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda come se fosse stata proposta dalla parte giusta della barricata.

A riguardo, vorrei dissentire su due aspetti, comunque, minori.

Innanzitutto non pare esatto sostenere che l'articolo 11 e l'articolo 59 abbiano lo stesso ambito, perché l'articolo 59 riguarda tutte le giurisdizioni esistenti in Italia, dunque anche il contrasto tra il giudice ordinario e la Corte dei conti, mentre invece l'articolo 11 riguarda soltanto i conflitti di giurisdizione in cui uno dei due è il giudice amministrativo. Dunque, almeno in teoria, l'art. 59 disciplina un ambito più generale, perché riguarda tutti i casi in cui nessuno dei due giudici coinvolti sia il giudice amministrativo.

Circa, invece, il termine per la riassunzione del giudizio dopo le Sezioni unite, adite con regolamento preventivo, credo che esso vada individuato come segue: se il giudizio proviene dal giudice ordinario e le Sezioni riunite lo rimettono al giudice amministrativo, il termine dovrebbe essere quello di tre mesi, di cui all'articolo 11; se invece il giudizio proviene dal giudice amministrativo – esempio fatto in precedenza – e la Cassazione conferma la relativa giurisdizione, la situazione sembrerebbe radicalmente diversa, perché in questo caso il giudizio amministrativo era stato già incardinato, ed anche sospeso.

Se la Cassazione demanda l'affare al giudice ordinario il processo sospeso davanti al giudice amministrativo si estingue, cioè non può più proseguire, e si deve fare un nuovo giudizio mediante "riproposizione" della domanda al giudice ordinario; ma se, invece, la Cassazione conferma la giurisdizione del giudice amministrativo, allora quel processo sospeso non si estingue, e in questo caso neppure si dovrà riproporre un nuovo giudizio, perché resta confermato il giudice *a quo* come giudice munito di giurisdizione. Dunque, a mio avviso, in questo caso il termine per riassumere (e non già riproporre la domanda, giacché è lo stesso processo che prosegue davanti allo stesso giudice) sarà quello di 90 giorni – e non di tre mesi – di cui all'articolo 80, perché non è altro che un caso di sospensione del giudizio che poi prosegue per effetto della decisione delle Sezioni unite, confermativa della giurisdizione già inizialmente adita.

Vorrei ancora dire due cose *spot* su tutto il resto che è stato detto.

Non nel Codice, ma in una riforma precedente di un paio di anni fa, è stata modificata la norma in cui era scritto che il Consiglio di Stato si articola in sei – adesso sette – sezioni, di cui le prime tre consultive, la quarta, la quinta e la sesta giurisdizionali, e la settima normativa; dopo la modifica, la norma vigente dice che il Consiglio di Stato è composto ovviamente da sette sezioni *ut supra*, ma che le relative funzioni giurisdizionali e amministrative sono attribuite annualmente dal Presidente del Consiglio di Stato.

Diciamo che è notorio, salvo ripensamenti dell'ultima ora, che col 1° gennaio del 2011 il Presidente per la prima volta eserciterà questo potere e dovrebbe trasformare la Terza Sezione consultiva in Sezione giurisdizionale, sicché dall'anno prossimo avremo quattro Sezioni giurisdizionali e due consultive.

Aggiungo un'altra cosa sempre su quanto è stato detto: il Codice non ha sciolto del tutto il problema se la litispendenza del processo amministrativo si radica con la notificazione del ricorso ovvero con il suo deposito, cosa che è sempre stata molto controversa. La tesi tradizionale è nel senso della rilevanza del deposito, però la Corte costituzionale, in tempi abbastanza recenti, ha detto che il giudizio amministrativo si radica, dunque inizia a pendere, con la notifica dell'atto introduttivo. Il Codice non ha sciolto questo problema, che resta aperto e tale rimane ovviamente anche ai fini dell'applicazione o meno delle norme transitorie.

L'unica norma transitoria che abbiamo è quella che ha citato l'avvocato, ossia l'articolo 2 dell'allegato 3, nella quale però troviamo un piccolo indice: il Codice sembrerebbe optare per la conferma della tesi tradizionale della rilevanza del deposito,

perché l'articolo 3 dell'allegato 3 per i giudizi di appello fa riferimento agli appelli depositati – non notificati – prima dell'entrata in vigore, cioè prima del 16 settembre. Dunque, sembrerebbe esser stata confermata la scelta tradizionale della rilevanza del momento del deposito per radicare la litispendenza.

Più significativa, per chi lavora nella pubblica amministrazione è, invece, la questione dell'articolo 7, comma 8, del Codice che, come vi è stato detto, precisa che il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa. Dunque, non più ricorsi straordinari che si sovrappongono alla competenza (*rectius*: giurisdizione) del Tribunale del lavoro; non più, dunque, ricorsi straordinari che sono dei meri pareri *pro veritate* del Consiglio di Stato, in quanto soggetti a disapplicazione amministrativa ai sensi della legge abolitrice del contenzioso del 1865, articolo 5. Cessa dunque la possibilità di adire la sede straordinaria, allorché non ci sia la giurisdizione del TAR, e dunque in via alternativa – *electa una via, non datur recursus ad alteram* – se si va al TAR, si va al TAR, se si va dal Consiglio di Stato in sede consultiva non si va al TAR. Al contrario, quando la giurisdizione è del giudice ordinario, finora si andava tranquillamente a fare ricorso straordinario poi, nei termini di prescrizione, se si fosse perso, si poteva riproporre la stessa domanda al giudice ordinario, il quale neppure era vincolato dal D.P.R. reso in sede di decisione di tale ricorso, potendolo disapplicare.

Ciò chiarito, perché il Consiglio di Stato ha ritenuto di poter continuare a decidere i ricorsi straordinari anche in materia di pubblico impiego privatizzato? Dove è scritto? Invero, da nessuna parte.

Nel 1999, quando è entrata in vigore la cosiddetta privatizzazione, che è del 1998, il giudice amministrativo portò in adunanza generale la questione e decise – *praeter legem*? *contra legem*? – di tenersi quello che c'era fino al giorno prima; se non che, fino al giorno prima c'era la giurisdizione del TAR sul pubblico impiego, ma da lì in poi non ci sarebbe più stata (Adunanza generale numero 7 del 1999). Ricordo che vanno in adunanza generale gli affari che vengono dalle sezioni consultive, mentre vanno in adunanza plenaria quelli che sono rimessi da una sezione giurisdizionale; ricordo anche che la generale è composta da tutti i magistrati del Consiglio di Stato, la plenaria da 12 magistrati più il presidente.

Dunque, l'adunanza generale del 1999 "si inventa" che il ricorso straordinario si può continuare a fare anche in materia di pubblico impiego, nonostante l'avvenuta privatizzazione.

Non c'è nessuna base normativa, però è questo il principio che si afferma.

Si va avanti così per undici anni, finché, poco prima dell'entrata in vigore del Codice, la Seconda sezione rimette all'Adunanza generale la stessa questione.

Il 15 aprile 2010 l'Adunanza generale tenta di rovesciare la propria affermazione di undici anni prima; non ci riesce – la proposta formulata dal relatore in tal senso non è accolta dalla maggioranza dei componenti dell'Adunanza generale – sicché si continua a dire che si può proporre il ricorso straordinario anche in materia di pubblico impiego, e nonostante la sua sottrazione alla giurisdizione amministrativa.

A quel punto il legislatore, ovvero la Presidenza del Consiglio, cioè il Governo, stabilisce che con l'introduzione del Codice la questione va chiusa, e inserisce il comma 8 dell'articolo 7, che pone fine al problema.

Vi segnalo però che una Sezione consultiva, non so quale, pare stia per rimettere la questione di nuovo alla Generale, per valutare se l'articolo 7, comma 8, del Codice, che sicuramente non è una norma retroattiva, ma che dispone per l'avvenire, non suggerisca tuttavia una rivisitazione di questo indirizzo interpretativo, ormai radicato da undici anni, sebbene normativamente basato sul nulla. Non per dire che non si può più fare ricorso straordinario perché lo vieta l'articolo 7, comma 8 – il quale, ovviamente, concerne solo i ricorsi proposti dopo il 16 settembre 2010 – bensì per rivedere l'indirizzo interpretativo, nel senso di valutare se, anche per i pendenti, non sia il caso di dire che forse si era sbagliato, e che è bene ripensarci (si era già tentato di fare la stessa cosa il 15 aprile 2010, dunque senza il Codice). Rispetto a questa tesi, l'articolo 7, comma 8, non è altro che un piccolo argomento esegetico.

Onestamente, però, non so come deciderà l'Adunanza generale; io penso che confermerà che, per quieto vivere e per l'affidamento dato ai ricorrenti, sui ricorsi pendenti la situazione resti invariata; anche se non si sa bene a che scopo, visto che il giudice ordinario può disapplicare come più gli aggrada l'esito dei ricorsi straordinari, che quindi di fatto si risolvono in un parere *pro veritate*.

Avv. GRUMETTO

Vorrei soltanto dire una cosa: sulla questione dell'introduzione del giudizio, se con la notifica o con il deposito, c'è quell'elemento che sembra far propendere per il deposito come momento per l'introduzione del giudizio; però c'è anche l'articolo 61, comma 5, che prevede due termini perentori per la tutela *ante causam* e il primo lo collega alla notifica del ricorso; quindi è come se, per l'introduzione del giudizio di merito, si guardasse alla notifica del ricorso e non al deposito.

Cons. DE FRANCISCO

Su questo posso dire una cosa che forse ha una interessante notazione sociale: mentre la II Commissione interna al Consiglio di Stato propendeva per la tesi della notifica – per la quale propendo anch'io, avendo fatto parte della II Commissione – invece la III propendeva per la tesi tradizionale del deposito, e probabilmente queste diverse opinioni si sono riflesse nelle norme che ogni Commissione

ha scritto. La II faceva ovviamente il Libro II, quella sulle impugnazioni faceva il Libro III e ha fatto, ovviamente, la norma transitoria riferita al Libro III.

Avv. GRUMETTO

Intervengo rapidamente sulla competenza che, purtroppo, è sempre negletta; anche in un'altra occasione è stata affrontata alla fine, e mi sono dovuto precipitare nel dire cose che forse sarebbe meglio dire prima.

Della competenza si parla molto nel Codice, nelle discussioni da questo scaturite ed in varie norme.

Si considerino, innanzitutto, gli articoli 13 e 16 del Codice.

Preliminarmente, appare necessario sottolineare che c'è stato un cambiamento di impostazione, rispetto alla bozza della Commissione, dove era prevista una competenza territoriale derogabile e una competenza funzionale inderogabile, poiché, al fine fondamentale di paralizzare la pratica del *forum shopping* si è, alla fine, giunti ad una inderogabilità di un regime quasi omogeneo sia della competenza per territorio che della competenza funzionale.

Dico "quasi omogeneo" perché ci sono alcune piccole differenze fra la competenza territoriale e la competenza funzionale.

L'inderogabilità è trattata in tutto il tessuto dell'articolo 13, sebbene, alla fine, forse, bastava l'articolo 4 laddove si dice che «la competenza territoriale del Tribunale amministrativo regionale non è inderogabile», mentre nei commi precedenti si ripete la parola inderogabilità e la si ripete, anche, nell'articolo 55, comma 13, dove non ci si riferisce espressamente all'inderogabilità ma si dice che il giudice cautelare può disporre le misure cautelari solo se ritiene sussistente la propria competenza; quindi, chiaramente anche qui si parla di inderogabilità.

Ci si interroga su quali siano le novità rispetto alla legge precedente; quali gli elementi di continuità.

La continuità sono i criteri sostanziali, ovvero quelli della sede e della efficacia, quello del foro del dipendente per le controversie in materia di pubblico impiego ancora attribuite al giudice amministrativo (nonostante ne siano state attribuite altre dato che, ora, non solo i dipendenti in regime di diritto pubblico, ma anche i dipendenti delle agenzie sulla sicurezza godono della possibilità di avere un giudice amministrativo come giudice delle controversie in materia di pubblico impiego).

Le differenze sono, invece: l'inderogabilità e la competenza funzionale, che viene disciplinata attraverso una norma generale che raccoglie varie norme previste in testi diversi.

Per quanto riguarda la sede e l'efficacia, i criteri sono sempre gli stessi, ovvero si guarda la sede dell'ente, mentre solo per gli atti emessi dagli organi statali o dagli enti ultraregionali il criterio della sede è contemperato con il criterio sussidiario dell'efficacia.

Pertanto, se l'atto produce i suoi effetti – diretti, tipici – limitati al territorio di una regione, è competente il TAR distrettuale. Viceversa, per gli atti degli organi periferici è sempre competente il giudice della sede dell'organo periferico, anche se si tratta di atti che hanno effetti ultraregionali. Ovviamente, la norma dell'efficacia serve ad evitare che, essendo Roma la sede degli organi statali centrali, tutto vada a Roma anche quando si tratti di effetti limitati a una sola regione.

Ci si domanda quale sia il foro del dipendente.

Adesso si parla di foro della sede di servizio, mentre prima si parlava dell'ufficio, adesso si precisa che si ha riguardo alla sede di servizio.

Per quanto riguarda, invece, la competenza funzionale, l'articolo 14 tratta le norme in materia di competenza funzionale e fa rinvio all'articolo 135.

Si tratterà, quindi, di mettere insieme queste due norme.

Le materie di competenza funzionale non sono previste solo dall'articolo 135 ma direttamente anche dagli articoli 113 e 114 in materia di ottemperanza, e dall'articolo 119 in materia di opposizione di terzo e ogni altro giudizio per il quale la legge del Codice individui il giudice competente con criteri diversi da quelli di cui all'articolo 113.

Quali sono i temperamenti alla inderogabilità?

Il regime è inderogabile; vediamo ora cosa significa inderogabilità del regime della competenza per territorio e della competenza funzionale.

Ci sono dei limiti a questa inderogabilità: innanzitutto, la competenza per connessione. L'articolo 42 prevede che la competenza per il ricorso incidentale spetti al giudice del ricorso principale, salvo che non si tratti di competenza del TAR Lazio; in questo caso, la competenza a conoscere l'intero giudizio spetta al Tribunale amministrativo regionale del Lazio con sede di Roma, ovvero a quello diverso che abbia una competenza funzionale.

La competenza funzionale ha un regime ancora più rafforzato rispetto alla competenza per territorio, perché attrae tutti i giudizi anche in caso di connessione.

La competenza infradistretto, ovvero tra sede centrale e sede distaccata, non è una questione di competenza, quindi non si applicano le norme sul regolamento di competenza; viene decisa con ordinanza sulla base di una semplice eccezione, a meno che non si tratti di competenza funzionale. In tal caso, vale lo stesso regime previsto in generale per le questioni di competenza.

È quindi il caso di analizzare il regime della competenza, che è previsto dagli articoli 15 e 16 che, praticamente, attuano quella inderogabilità prevista in generale per il criterio della competenza territoriale e della competenza funzionale. Il giudice adito in sede cautelare non può decidere sulla misura cautelare, a meno che non si ritenga competente. Nell'articolo 15, comma 5, si nota l'aspetto dinamico della inderogabilità, cioè il rilievo dell'incompetenza, la preclusione all'emissione di una ordinanza cautelare e la possibilità, per il giudice, o di decidere con ordinanza, dichiarando la propria incompetenza, oppure di sollevare il regolamento d'ufficio di competenza, cosa che non era prevista nel regime precedente e che adesso, invece, il giudice amministrativo può fare.

L'unica particolarità che vorrei sottolineare è che la norma sembra prevedere il regolamento di competenza d'ufficio soltanto in occasione della proposizione della domanda cautelare, cioè: solo in sede cautelare il giudice potrebbe, o declinare la propria competenza, o proporre il regolamento d'ufficio.

Proprio perché la questione della competenza per territorio può essere risolta finché la causa non viene decisa, riterrei che la possibilità per il giudice amministrativo di sollevare il regolamento di competenza d'ufficio non debba essere interpretata come limitata solo alla sede cautelare, ma possa essere anche attuata nelle altre ipotesi in cui il giudice si trova a dover prendere una decisione né cautelare, né di merito.

Nell'articolo 16, terzo e quarto comma, si prevede la possibilità di sollevare il regolamento d'ufficio da parte del giudice *ad quem*, cioè da parte del giudice davanti al quale, dopo una decisione declinatoria di competenza, la causa è stata riassunta, non senza la limitazione della fase cautelare. Il fatto che nell'articolo 15 si preveda la possibilità di proporre il regolamento di competenza d'ufficio solo alla fase cautelare, mentre l'articolo 16 non prevede questo limite, sembra che consenta di dire che anche nelle altre ipotesi in cui il giudice si trova a provvedere, e non deve farlo sulla cautela o sul giudizio di merito, se ha un dubbio sulla competenza per territorio può proporre il regolamento d'ufficio.

Altra questione è come deciderà il giudice tra la declinatoria della competenza con ordinanza e il regolamento d'ufficio.

Si ritiene che deciderà sulla base della contestazione fra le parti.

Se le parti pensano di essere d'accordo sulla questione di competenza sollevata d'ufficio dal giudice, allora lo strumento preferito sarà l'ordinanza, perché si presumerà che quell'ordinanza non venga impugnata e il giudizio venga riassunto.

Il Codice prevede, all'articolo 73, che quando il giudice ritiene di porre a fondamento della propria decisione una questione rilevata d'ufficio e ritiene di essere incompetente, se nessuna delle parti ha proposto la questione con il regolamento, con l'eccezione se infradistrettuale, e il giudice ritiene di porla d'ufficio, deve dare alle parti un termine. Per prima cosa deve segnalare la questione, poi deve dare alle parti un termine per poter contraddire su questa questione.

La norma, in realtà, prevede l'assegnazione di un termine solo quando la causa sia stata riservata in decisione, quindi la rimette sul ruolo e segna un termine, anziché decidere direttamente sulla questione rilevabile d'ufficio a garanzia del contraddittorio.

Se non è rilevata d'ufficio dal giudice, che può decidere con ordinanza ed eventualmente sollevare il regolamento di competenza d'ufficio, la parte deve dedurre la questione di competenza per territorio attraverso lo strumento del regolamento di competenza, che già esisteva in precedenza ma che adesso, da mezzo per introdurre una questione pregiudiziale nel giudizio di primo grado si trasforma anche in un mezzo di impugnazione, ancorché la norma sulle impugnazioni non lo indichi espressamente come mezzo di impugnazione proposto verso l'ordinanza declinatoria di competenza da parte del TAR.

Le norme che disciplinano il regolamento di competenza ad istanza di parte sono, invece, previste dagli articoli 15 e 71.

Per prima cosa si deve chiarire quando è possibile proporre il regolamento di competenza ad istanza di parte.

La risposta parrebbe essere: finché la causa non è decisa in primo grado. Il Codice dice «non rilevano a tal fine le pronunce istruttorie o interlocutorie di cui all'articolo 36». Le pronunce istruttorie sono quelle con le quali si decide sui mezzi di prova; le pronunce interlocutorie, probabilmente, invece, abbracciano anche le pronunce istruttorie, perché l'articolo 36 le indica in senso negativo; sono, cioè, pronunce interlocutorie tutte quelle con le quali il giudice non decide neanche parzialmente sulla domanda, e siccome le pronunce istruttorie sono anch'esse pronunce sulle quali non decide neanche parzialmente sulla domanda, forse il concetto di decisione interlocutoria come decisione che non preclude la proposizione del regolamento era comprensivo e generale.

Il regolamento di competenza è quindi proponibile fino a che il giudizio non viene deciso almeno in parte in primo grado, e questo è alla base dell'opinione, in precedenza espressa, sul fatto che il regolamento di competenza d'ufficio non sia confinato solo alla fase cautelare.

La questione di competenza è rilevabile con il mezzo del regolamento di competenza; tuttavia, in sede cautelare, sull'appello cautelare, il Consiglio di Stato può rilevare d'ufficio la questione di competenza, e qui abbiamo un limite all'effetto devolutivo del'appello.

Chi è legittimato a proporre il regolamento di competenza ad istanza di parte?

La norma, diversamente dal Codice precedente, parla di ciascuna parte. Qui penso che sia stata una scelta forse voluta da parte del legislatore, perché ha sostituito la

vecchia dizione "parte resistente o interveniente", quindi sembrerebbe che anche il ricorrente possa proporre il regolamento di competenza quando dubiti della competenza del TAR adito, perché non è più disponibile e perché poi, forse, può avere anche interesse ad avere una decisione da parte del Consiglio di Stato – se non propone la sospensiva alla fine dell'udienza di merito – che regoli la giurisdizione senza aspettare di averla dopo due o tre anni e dover poi ricominciare da capo.

È anche vero, però, che l'articolo 47 in tema di competenza infradistrettuale parla ancora di "parte diversa dal ricorrente"; ragione per la quale, almeno sul punto, un coordinamento maggiore sarebbe forse più opportuno, sebbene in quel caso si parli, comunque di eccezione, con la conseguenza che la dizione sembrerebbe essere esatta.

A questo punto è necessario considerare la forma del regolamento di competenza.

Questa è sempre l'istanza proposta al Consiglio di Stato ma non più notificata presso il TAR, ragione per cui l'Avvocatura generale si interroga se la legittimazione spetti esclusivamente all'Avvocatura generale anche per i regolamenti di competenza che riguardino giudizi davanti ai TAR locali, visto che poi il regolamento di competenza deve essere depositato presso il Consiglio di Stato.

L'istanza è notificata alle altre parti e depositata unitamente a copia degli atti utili ai fini del decidere entro 15 giorni dall'ultima notificazione presso la segreteria del Consiglio di Stato. Qui la legge non parla di termine perentorio, sebbene alcuni commentatori abbiano parlato, al contrario, proprio di termini perentori.

In realtà, non sembrerebbe essere un termine perentorio perché altrove, in materia di termini, il legislatore ha esplicitamente affermato che, salvo diversa previsione, solo i termini assegnati dal giudice sono perentori.

Particolare attenzione merita, poi, l'articolo 52, perché mentre prima i termini assegnati dal giudice non erano perentori, salva diversa disposizione, adesso tutti i termini assegnati dal giudice sono perentori.

Al procedimento per la decisione davanti al Consiglio di Stato si applicano i termini di cui all'articolo 55, commi da 5 a 8, quindi in realtà fino a due giorni liberi prima. È da notare che quando la legge dice «termine due giorni liberi prima» è un termine a ritroso, quindi, in realtà, si deve applicare computandosi sia il *dies ad quem* che il *dies a quo*.

Da segnalare, però, è anche la proroga del termine del sabato: come noto, per i termini che scadono il sabato c'è la proroga al lunedì successivo, e per questo ci si interroga se questa proroga del sabato valga anche per i termini a ritroso, perché

l'articolo 52 parla della proroga di cui al comma 3, mentre il termine a ritroso è previsto dal comma 4.

Cons. DE FRANCISCO

La risposta è che la proroga del termine che scada nella giornata del sabato non vale per i termini a ritroso, per specifica volontà di chi scrisse la norma.

Su questa esegesi hanno convenuto tutti i presidenti di Sezione (tranne Virgilio e Trotta, i quali ultimi invece opinerebbero che possa attingersi al codice di procedura civile per farla valere anche a ritroso).

Il problema, in effetti, è che se vale a ritroso con i due giorni liberi, per il cautelare si va indietro tanto quanto basta per cui, rispetto al termine precedente, si azzera lo spazio.

Dunque non vale per i termini a ritroso, e non è stata richiamata apposta per dare nel cautelare lo spazio per fare l'ultimo atto, che ha due giorni liberi dall'udienza; tutti hanno convenuto su questa interpretazione letterale, anche perché il richiamo al codice di procedura civile è possibile solo per quanto non sia previsto dal CPA, mentre qui invece la soluzione è prevista. Solo Virgilio e Trotta hanno cercato di sostenere la tesi opposta, ma soprattutto per esigenze legate al modo in cui far lavorare gli uffici di cancelleria, che al sabato non hanno personale. A stretto rigore, il termine a ritroso che scade di sabato non potrà prorogarsi all'indietro fino al venerdì precedente, ma scade appunto di sabato.

Avv. GRUMETTO

Meglio così, abbiamo un giorno in più.

L'articolo 71, invece, regola l'eventuale sospensione, ovvero: proposto il regolamento di competenza, che fa il giudizio di primo grado?

La proposizione del regolamento di competenza non sospende il giudizio nel quale il regolamento è proposto, salvo il deposito dell'istanza di regolamento davanti al TAR. Qui l'articolo 71 dice: «nel termine di cui all'articolo 73, primo comma». L'articolo 73, primo comma, qui richiamato, però, è quello dei tre termini, cioè 40, 30 e 20 giorni, e io non sono riuscito a capire qual è il termine entro il quale può essere depositato il regolamento di competenza presso il giudice *a quo* per chiedergli la sospensione.

Cons. DE FRANCISCO

È un documento, non una memoria.

Avv. GRUMETTO

È un documento, però è un atto processuale di quel processo.

Cons. DE FRANCISCO

Non è memoria né replica, quindi dovrebbe essere 40 giorni.

Avv. GRUMETTO

Io intendevo "documento" in senso stretto, cioè limitato esclusivamente ai documenti extraprocessuali che si sono formati dopo. In questo caso, se il giudice *a quo* ritiene che il regolamento di competenza non sia manifestamente infondato o inammissibile, può differire semplicemente la decisione di merito.

Altro aspetto rilevante riguarda le modalità di decisione del Consiglio di Stato.

Il Consiglio di Stato decide con ordinanza, ovvero la forma del provvedimento in generale che ormai decide sulla competenza; provvede anche sulle spese, e la pronuncia sulle spese rimane ferma anche dopo la sentenza che definisce il giudizio, salvo diversa statuizione espressa nella sentenza.

La pronuncia del Consiglio di Stato ha efficacia vincolante per i giudici *a quo,* e se viene indicato come competente un tribunale diverso il giudizio deve essere riassunto nel termine perentorio di 30 giorni dalla notifica dell'ordinanza che pronuncia sul regolamento, ovvero entro 60 giorni dalla sua pubblicazione. Anche in questo caso non occorre una riassunzione, ma sembrerebbe essere sufficiente una semplice istanza di prosecuzione, benché l'articolo 15 parli di riassunzione.

Ci si muove, ad ogni modo, all'interno di un giudizio che è stato proposto davanti allo stesso giudice amministrativo, ragione per la quale, si tratta solo di cambiare la competenza, a meno che non si ritenga che, laddove l'articolo 15 parla di riassunzione, non l'abbia inteso in senso tecnico, quindi come riproposizione mediante una notifica.

La legge dice che deve essere riproposto entro il termine perentorio; è quindi da chiarire quale siano le conseguenze per la mancata proposizione nel termine perentorio.

Bisognerebbe ritenere che si estingue, perché la norma sulle pronunce di rito prevede che il giudice dichiari estinto il giudizio se, nei casi previsti dal Codice, non viene proseguito o riassunto nel termine perentorio.

L'ipotesi è che se non venga riassunto entro il termine perentorio, dovrebbe, quindi, dirsi estinto.

Nonostante questa considerazione, non si può non ricordare che c'è tutta una giurisprudenza del giudice ordinario per cui se il giudizio riproposto davanti al giudice indicato come competente oltre il termine perentorio previsto dalla legge lo si interpreta come nuovo, non deve portare alla estinzione, dato che si estingue solo se la parte ritiene di proporre lo stesso giudizio. La parte, però, è libera di riproporre il giudizio – ovviamente perdendo l'effetto sospensivo della proposizione della prima domanda – anche oltre il termine perentorio, ma in questo caso si tratterà di un nuovo giudizio, quindi perderà gli effetti sospensivi della domanda anteriormente proposta.

I commi 8 e 9 dell'articolo 15 regolano l'esito delle misure cautelari concesse dal giudice dichiarato incompetente.

Qui la scelta del legislatore del Codice è stata diversa da quella del Codice di procedura civile in generale; le misure cautelari date dal giudice dichiarato incompetente hanno una ultrattività, cioè durano 30 giorni dalla data di pubblicazione dell'ordinanza che regola la competenza, questo per evitare che la misura cautelare decada immediatamente, come invece avviene nel processo civile.

Il difetto di competenza può essere rilevato d'ufficio; nel Codice, all'articolo 15, comma 5, il regolamento di competenza d'ufficio sembrerebbe proponibile solo quando è proposta la domanda cautelare, quindi nella fase cautelare; sarebbe, forse, più corretto ritenere che sia ammissibile anche fuori della fase cautelare.

L'ordinanza con cui il giudice, che ritiene di essere incompetente, propone il regolamento di competenza, è immediatamente trasmessa d'ufficio al Consiglio di Stato a cura della segreteria. Si suppone che vada trasmessa non solo l'ordinanza, ma tutto il fascicolo, perché non è detto che le parti si costituiscano davanti al Consiglio di Stato quando viene proposto il regolamento di competenza d'ufficio. Questo è immaginabile che porti ad una inevitabile sospensione del giudizio *a quo*: se il fascicolo passa dal TAR al Consiglio di Stato, il TAR, di fatto, non ha materialmente nulla su cui provvedere; del resto, non potrebbe provvedere per la cautela perché si ritiene incompetente, e il Codice gli vieta di dare provvedimenti cautelari nel caso ritenga la propria incompetenza; non può provvedere sul merito perché ritiene di essere incompetente, ha solo scelto la strada del regolamento di competenza d'ufficio perché le parti non erano d'accordo e, dunque, ha preferito sollevare immediatamente la questione con un proprio regolamento di competenza.

Tuttavia, durante la pendenza del regolamento di competenza d'ufficio le parti non sono sfornite di tutela cautelare, perché possono chiederla al giudice indicato, questa volta sì, dal TAR, con il proprio regolamento d'ufficio. In questo caso, il giudice davanti al quale è proposta la tutela cautelare, seppure ritenga di dubitare della propria incompetenza (quindi nell'ipotesi in cui sbagli il TAR *a quo* e la competenza sarebbe del TAR *a quo* che, comunque, ha sollevato la questione di competenza) non può negare la tutela cautelare, dovendo provvedere a darla se ricorrono ovviamente i presupposti. Se, invece, risulterà poi incompetente tali misure cautelari cadranno dopo 30 giorni.

Anche il giudice *ad quem* davanti al quale il giudizio sia stato riassunto dopo l'ordinanza di incompetenza del giudice *a quo*, qualora ritenga di non essere competente, e che quindi il primo giudice ha sbagliato, può proporre il regolamento d'ufficio. In questo caso si procede sempre, come abbiamo visto, ai sensi dell'articolo 15, comma 6.

Concludo con la competenza fra le sedi distaccate che, come notato, non dà luogo a una questione di competenza. Qui la questione dell'appartenenza della controversia al giudice della sede principale o della sede distaccata è proponibile a meno che non si tratti di competenza funzionale solo su eccezione, però entro 30 giorni per il termine della costituzione. Sostanzialmente, quindi, si può proporre entro 90 giorni dalla notifica del ricorso, perché sono 60 per la costituzione e 30 per la proposizione dell'eccezione. La può dedurre solo la parte diversa dal ricorrente, cioè solo la parte resistente e la parte interveniente; viene decisa con ordinanza non impugnabile e non sono previste le spese. Non è chiaro se ci si possa raccordare all'articolo 26, laddove si dice che, quando emette una decisione, il giudice provvede anche sulle spese. Forse si dirà che non è una decisione sulla competenza, ma è soltanto una decisione organizzativa interna, quindi non è giusto liquidare le spese; però, anche in questo caso, se il giudice distrettuale che si ritiene incompetente ha dato le misure cautelari e ritiene poi di non essere competente, le misure cautelari rese decadono decorsi 30 giorni dall'ordinanza con cui rimette la controversia alla sede principale o distaccata, a seconda di dove sia stata rilevata.

Il processo amministrativo di primo grado

CAPITOLO
SECONDO

Il processo amministrativo di primo grado

Trascrizione della lezione tenutasi il 25 novembre 2010 presso la Sala polifunzionale della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in materia di decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104

Intervento del Cons. Ermanno DE FRANCISCO

1. – Introduzione

Si esaminerà, in questa sede, il giudizio amministrativo di primo grado; la materia trattata coincide, sostanzialmente, con il Libro II del nuovo codice del processo amministrativo, in vigore dal 16 settembre 2010. Si esaminerà, innanzitutto, la tutela cautelare, quindi l'istruttoria e infine la decisione, giacché fondamentalmente è questo l'ordine con cui, nei fatti, il processo si svolge.

In effetti, il fascicolo arriva per la prima volta davanti al giudice, nella maggior parte dei casi, nella Camera di consiglio fissata per l'esame dell'istanza cautelare che, grosso modo, può stimarsi essere presente nel sessanta per cento dei ricorsi proposti; sicché è proprio in sede di esame della domanda cautelare che hanno trovato sfogo, in pratica, le esigenze relative alla verifica della completezza istruttoria del fascicolo.

In sede di Commissione redigente del Codice – istituita presso il Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69 – alcuni rappresentanti del libero Foro avevano caldamente esposto il loro avviso favorevole all'istituzione di una nuova e specifica fase istruttoria.

Fortunatamente, ad avviso di chi scrive, nella sua assolutezza tale richiesta non ha trovato accoglimento nel Codice; tuttavia l'art. 55, riguardante le misure cautelari, al comma 12 ha esplicitato qualcosa che, nei fatti, già avveniva nella prassi: ossia che il giudice, quando esamina la domanda cautelare, adotta, su istanza di parte, i provvedimenti necessari per assicurare la completezza dell'istruttoria e l'integrità del contraddittorio.

Sicché, se il giudice si accorge che un litisconsorte necessario non sia stato evocato in giudizio, ordinerà l'integrazione nei suoi confronti del contraddittorio; o, se si avvede che manca qualche documento che sia onere dell'amministrazione depositare, ne ordinerà la produzione in giudizio.

È, come si è accennato, da valutare positivamente la scelta di non generalizzare una specifica udienza istruttoria per tutti i ricorsi, giacché la produttività del giudice

amministrativo – che ancora è in grado di garantire un processo relativamente rapido, anzi enormemente rapido se paragonato con quello che si svolge davanti al giudice civile – scaturisce proprio dal fatto che il giudice tratta la causa poche volte, ossia sostanzialmente due: la prima in sede di camera di consiglio per l'esame della domanda cautelare; la seconda nell'udienza pubblica per la decisione del merito.

Se si aggiungesse una terza occasione di esame del fascicolo, dedicata alla sua istruttoria, nella migliore delle ipotesi – a risorse invariate – si ridurrebbe di un terzo la produttività, in termini di sentenze pubblicate; nella peggiore, invece, si introdurrebbe quella fase istruttoria che, davanti al giudice civile, è forse la concausa prevalente delle lungaggini del processo, almeno in primo grado.

2. – La tutela cautelare

La camera di consiglio fissata per la trattazione dell'istanza cautelare è, dunque, la prima occasione in cui il giudice prende cognizione del fascicolo.

A sua volta, essa può essere talvolta preceduta da una fase monocratica preliminare, sempre cautelare, che si tiene davanti al presidente (che, almeno prima del Codice, non era frequentissima).

Il procedimento cautelare è disciplinato dall'art. 55 del Codice, per quanto riguarda la sua ordinaria cognizione collegiale; nonché dai successivi artt. da 56 a 62 per gli ulteriori profili.

Iniziando dal comma 1 dell'art. 55, esso codifica un principio che ormai, in giurisprudenza, costituisce un dato acquisito: ossia che l'oggetto della tutela cautelare non è più, come prevedeva il Regolamento di procedura 17 agosto 1907, n. 642, un giudizio sulla "*domanda di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato*" (art. 36 R.d. cit.: del resto, a quell'epoca, tutta la giustizia amministrativa si risolveva in un giudizio di legittimità sull'atto impugnato).

Il nuovo Codice, preso atto che quello giurisdizionale amministrativo è ormai un giudizio che verte, nella sua globalità, sul rapporto giuridico che si svolge tra l'amministrazione e l'amministrato ed è, perciò, fondamentalmente teso ad assicurare la tutela degli interessi legittimi delle parti – ovvero, nelle particolari materie previste dalla legge, dei loro diritti soggettivi – ha evidenziato come ormai la tutela cautelare non si esaurisce più nella mera sospensione di un atto – la quale, però, resta statisticamente la più frequente pronuncia del giudizio cautelare – giacché in astratto, e anche in concreto in molti casi pur se non nella maggioranza di essi, il giudice

amministrativo può adottare ogni altra misura idonea ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso.

Ciò, fra l'altro, comporta il definitivo superamento della nota questione, che si agitava fino a una decina d'anni fa in dottrina e in giurisprudenza, della sospendibilità o meno dei c.d. atti negativi: nel senso che, a fronte di qualsiasi atto (negativo, positivo, discrezionale, vincolato, etc.), il giudice può sempre stabilire un assetto provvisorio degli interessi, destinato a durare fino alla decisione della causa, che gli sembri il più idoneo ad assicurare interinalmente la fruttuosità della relativa decisione di merito.

Concretamente, vi sono alcuni casi nei quali la misura cautelare è davvero indispensabile per assicurare interinalmente l'utilità della decisione di merito. Basti un solo esempio, frequentissimo nella pratica: se il TAR ha annullato, in ipotesi, le elezioni di un ente locale e sia prevista una tornata elettorale nel giro di un paio di mesi, o il giudice d'appello sospende la sentenza, ovvero, se non la sospende, provoca la cessazione della materia del contendere; se, infatti, nel frattempo, in forza dell'esecutività della sentenza di primo grado, si vota, tutta la materia controversa viene superata dall'esito delle nuove elezioni.

Dunque, salvo che il ricorso in appello risulti manifestamente infondato, in situazioni di questo tipo la tutela cautelare è volta, come talora si scrive espressamente nelle ordinanze, semplicemente a mantenere la *res adhuc integra* fino a quando si arriverà alla decisione di merito. Molti altri esempi possono farsi per il giudizio di primo grado, fra cui quelli della demolizione di grandi opere.

In effetti, quello che si persegue in sede di decisione cautelare è un delicato equilibrio tra il *periculum in mora* e il *fumus boni iuris*.

La dottrina processualcivilistica insegna che le due uniche condizioni dell'azione cautelare sono il *periculum in mora* e il *fumus boni iuris* (v., per tutti, C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, Vol. I, § 16): sicché il giudice, concettualmente, non può accogliere una domanda cautelare se non in presenza di entrambe dette condizioni.

In concreto, tuttavia, il dosaggio tra la misura dell'uno e dell'altro che il giudice deve apprezzare per concedere o meno una misura cautelare è, essenzialmente, funzione dell'oggetto del giudizio.

Per misura cautelare si può intendere sia quella che concerne il provvedimento impugnato (o, comunque, la diversa *res* dedotta nel giudizio, se questo non sia di tipo impugnatorio), sia anche quella che, in appello, riguarda la sospensione, o meno, dell'efficacia provvisoria della sentenza di primo grado: che, sostanzialmente, ha la medesima funzione strumentale, rispetto alla c.d. potenziale fruttuosità della decisione di merito.

Orbene, esaminando ciò che accade concretamente nella prassi, è agevole riscontrare come vi siano delle situazioni nelle quali ad un minimo di *fumus boni iuris* – che è imprescindibile, perché se non ci fosse alcun *fumus boni iuris* non si potrebbe mai concedere, legittimamente, una misura cautelare – si contrappone una tale entità di *periculum in mora* da sorreggere quasi da solo l'emanando provvedimento cautelare.

Ciò si verifica allorché, se la misura cautelare non venisse concessa, verrebbe meno ogni possibilità di mantenere la *res adhuc integra* fino alla decisione del merito: nel

senso che, se la situazione non fosse cristallizzata in quel momento, la sentenza di merito risulterebbe inevitabilmente *inutiliter data*.

In queste ipotesi, la misura del *periculum in mora* necessaria per sospendere l'atto impugnato è massima, nel senso che c'è un pericolo di evidente irreparabilità; in tali casi, dunque, le ordinanze cautelari vengono motivate con quasi esclusivo riferimento al *periculum in mora*.

È frequente, in tali casi, imbattersi in questo genere di motivazioni: "Avuto particolare riguardo al *periculum in mora,* p.q.m. sospende"; oppure, "ritenuta la necessità di mantenere la *res adhuc integra* fino alla decisione del merito, p.q.m. sospende".

Ciò non vuol dire che il giudice non abbia in qualche modo considerato anche il *fumus boni iuris,* ma che ci sono dei casi nei quali ne basta ben poco, giacché altrimenti quel poco verrebbe del tutto schiacciato dall'irreversibilità degli effetti del provvedimento impugnato.

Ci sono poi altri casi – contemplati dall'art. 55, comma 2 – in cui, al contrario, l'irreversibilità dell'effetto, per quanto ciò possa essere paradossale, è insita nello stesso provvedimento cautelare.

Un caso concretamente verificatosi – definito dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana con la decisione 21 settembre 2006, n. 518 – è stato il seguente: "*Il Comune di Catania, in vista del raduno degli Alpini che si è tenuto nei giorni 10, 11 e 12 maggio 2002, indisse una*" gara d'appalto "*per l'affidamento del servizio di noleggio e pulizia di n. 300 W.C. mobili a funzionamento chimico*"; la gara fu aggiudicata all'impresa A (azienda italiana leader nel settore dei bagni chimici, che aveva offerto un ribasso del 35,1% sul prezzo a base d'asta); l'aggiudicazione fu impugnata dall'impresa B (azienda locale e unica altra concorrente, che offriva un ribasso del 3%), con un "*ricorso … depositato in data 3 maggio 2002 direttamente al Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Sezione staccata di Catania, con richiesta di misura cautelare* ante causam, *stante l'imminenza della manifestazione*".

"*Ritenuti sussistenti i requisiti della estrema gravità ed urgenza tali da non consentire neppure la dilazione fino alla prima camera di consiglio utile per la trattazione della domanda cautelare, la ricorrente chiedeva e otteneva,* inaudita altera parte*, dal Presidente del Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Sezione staccata di Catania, decreto motivato …del 4 maggio 2002 di sospensione degli atti impugnati*".

"*Nel decreto presidenziale si ordinava in particolare al Presidente del seggio, al Dirigente competente, al Segretario comunale e al Sindaco di Catania di aggiudicare entro il 6 maggio 2002 … il servizio* de quo" all'impresa B.

"*Nello stesso tempo il Presidente del Tribunale autorizzava ex art. 12 della legge n. 205/2000, la notifica a mezzo* telefax *del ricorso e del richiesto decreto presidenziale* inaudita altera parte. *Tale notificazione era effettuata lo stesso giorno 4 maggio 2002*".

"*In data 6 maggio 2002, con decreto dirigenziale, era data esecuzione al decreto presidenziale n. 997 del 4 maggio 2002. Nella stessa data era stipulato il contratto tra il Comune e la* … [impresa B] *che espletava il servizio*".

"*Sempre in data 6 maggio 2002 il Comune comunicava* … [all'impresa A] *la sospensione dei verbali di aggiudicazione*".

"*Il 6 maggio 2002 si costituiva in giudizio* … [l'impresa A] *chiedendo al TAR, con esito negativo (v. d.p. n. 1000/2002), il riesame del decreto presidenziale*".

"*in data 6 maggio 2002, mentre era data esecuzione al decreto presidenziale n. 997 del 4 maggio 2002 ed era stipulato il contratto tra il Comune e* [l'impresa B], [l'impresa A] *aveva ultimato il trasporto dei bagni in Catania, senza potere effettuare la consegna per l'intervenuta esecuzione del decreto cautelare del TAR, che aveva disatteso anche un'istanza di riesame*"; consta infatti che la stessa impresa A "*si era immediatamente attivata per effettuare il trasporto dei bagni (è depositata in atti corrispondenza commerciale dalla quale risulta che il trasporto e le forniture sono stati avviati già nella giornata del 30 aprile 2002)*".

"*Il provvedimento cautelare era poi ribadito in sede collegiale con ordinanza adottata dal TAR in data 13 maggio 2002*".

Nondimeno, andando in contrario avviso sia rispetto all'ordinanza collegiale del 13 maggio 2002 e sia, soprattutto, al decreto cautelare monocratico presidenziale – che intanto, però, aveva già dispiegato tutti i propri irreversibili effetti, giacché nel frattempo il raduno degli Alpini si era già tenuto "*nei giorni 10, 11 e 12 maggio 2002* … *e il servizio di cui trattasi era svolto dalla*" impresa B – lo stesso "*Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Sezione staccata di Catania, I, con sentenza n. 960/2005, in data 1 giugno 2005, respingeva il ricorso principale, prescindendo dalla eccezioni pregiudiziali, non esaminando il ricorso incidentale e compensando le spese di giudizio*".

La sentenza di primo grado venne quindi appellata (oltre che dall'impresa B) anche dall'impresa A, che richiedeva: l'esame delle proprie domande incidentali; la condanna dell'impresa B ai danni ex art. 96, comma 2, c.p.c. (per aver eseguito un provvedimento cautelare senza la normale prudenza), ovvero, in subordine, ex art. 96, comma 1, c.p.c. (per aver agito in giudizio con mala fede o colpa grave); la condanna, comunque, della parte soccombente al pagamento delle spese processuali ex artt. 91 e 92 c.p.c.; nonché denunciando anche alcuni profili di "*inammissibilità della domanda cautelare* ante causam *e del ricorso, in quanto depositato prima della sua notificazione; irrituale notificazione a mezzo* fax".

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, riuniti gli appelli, ha respinto quello dell'impresa B; mentre ha accolto quello dell'impresa A, sotto i seguenti profili:

1) "*per avere chiesto* [l'impresa B] *una misura cautelare provvisoria prima della notificazione del ricorso alle controparti (con modalità, come detto, non conformi all'ordinamento giuridico)*";

2) "*per avere dato esecuzione alla aggiudicazione cautelare, disposta espressamente con riserva dell'esito del giudizio di merito, e quindi assumendo il rischio di un eventuale esito negativo del giudizio medesimo e della irreversibilità del danno per la controparte quale conseguenza della attività esecutiva*" (si noti come, in questo passo motivazionale, l'errore del giudice sia trattato al pari di un errore della parte istante; e infatti, se così non fosse, non avrebbe alcun senso la cauzione prevista dagli artt. 55, comma 2; 56, comma 3; 61, comma 5; e 62, comma 2, del nuovo Codice);

3) nonché per l'erronea "*compensazione delle spese di giudizio in primo grado*".

Complessivamente, "*l'entità del risarcimento del danno va quantificata in euro 58.676,89, oltre interessi e rivalutazione monetaria*"; oltre a € 12.000,00 di spese per i due gradi di giudizio.

La cosa più rilevante di questa vicenda è forse proprio questa: che per quanto il maggior errore sia stato del giudice, piuttosto che della parte, tuttavia nel processo vige il principio fondamentale – che sarà anche il frutto di una *fictio*, ma che è necessario per la convivenza civile – per cui l'errore del giudice vale come errore della parte; ossia, se il giudice sbaglia, il suo errore è, in prima battuta, giuridicamente imputabile alla parte che ha richiesto il provvedimento erroneamente emanato.

Poi, ovviamente, ci possono anche essere profili di responsabilità civile del magistrato, e per esso dello Stato, in base alla legge 13 aprile 1988, n. 117; ma ciò rileva solo in una fase successiva.

Nel rapporto immediato tra le parti in causa, se il giudice sbaglia, le conseguenze (sia risarcitorie che d'altro genere) non possono che gravare su chi ha chiesto e ottenuto il provvedimento erroneo.

Si sono appena esemplificate alcune situazioni che fanno intendere quanto la prima decisione cautelare sia fondamentale: se arriva *in extremis*, ed è sbagliata, poi non c'è più tempo per nulla, neppure per verificare in sede collegiale se il decreto presidenziale fosse giusto o sbagliato; men che mai per verificare, in appello, se il giudice di primo grado abbia adottato un provvedimento che sia, o meno, condiviso dal Consiglio di Stato. Possono residuare solo profili risarcitori o restitutori.

Vicende così eclatanti sono, per fortuna, relativamente eccezionali; ma non si può dimenticare – ai fini di una corretta imputazione delle relative responsabilità – che la scelta dei tempi processuali è nell'esclusiva disponibilità di parte ricorrente, che

decide autonomamente, nell'arco di tempo che gli è concesso dalla legge – sessanta giorni per i giudizi impugnatori – quando proporre il ricorso.

Orbene, se il ricorrente, per una prognosi del tutto metagiuridica, opina – con speciale riguardo alla proposizione delle istanze cautelari – che in sede presidenziale otterrà più ascolto che in altre sedi, o che comunque in primo grado otterrà una maggiore attenzione alle proprie istanze cautelari che non in secondo grado, è ovvio che nel suo interesse – del tutto lecitamente – presenterà il ricorso in prossimità della scadenza del termine, così da ridurre fattualmente i tempi per le verifiche, nelle fasi e nei gradi successivi, della prima decisione cautelare.

Proprio a fronte di queste situazioni, il comma 2 dell'art. 55 prevede che, qualora dalla decisione sulla domanda cautelare derivino effetti irreversibili (come nell'esempio appena fatto), il collegio – ma, già prima, anche il presidente, ex artt. 56, comma 3, e 61, comma 5 – può disporre la prestazione di una cauzione.

Quest'ultima, dunque, è volta a garantire alla parte che subisce l'effetto dannoso del provvedimento cautelare (positivo o negativo) di poter ottenere – ovviamente dal ricorrente, cui tale cauzione sia stata imposta come condizione di efficacia della misura concessa – il risarcimento del danno qualora, all'esito della complessiva vicenda processuale, fosse accertata l'erroneità della statuizione resa dal giudice della cautela; non vi potrebbe essere, dunque, prova più evidente di quanto si è testé affermato: ossia che l'ordinamento processuale considera a ogni effetto l'errore del giudice come un errore di cui, almeno in prima battuta, è chiamata a rispondere la parte istante.

Tornando a trattare della cauzione nel giudizio cautelare, merita ricordare che, in effetti, quando si discusse dell'art. 55, comma 2, ci si chiese: perché "può"? non si dovrebbe, invece, dire "deve"?

Ciò perché, se l'effetto è irreversibile e il giudice non dispone cauzione, la tutela risarcitoria di controparte è a rischio, restando legata alla casuale solvibilità del ricorrente; mentre se la cautela è condizionata a cauzione, o il ricorrente versa la cauzione, o è come se non avesse ottenuto nulla.

In realtà, una "valvola di costituzionalità" (rispetto ai c.d. diritti incomprimibili) è già contenuta nel secondo periodo dello stesso art. 55, comma 2; laddove si dice che per i "diritti fondamentali della persona" e per gli "altri beni di primario rilievo costituzionale", non si può condizionare la tutela provvisoria a cauzione, perché per la salute, l'integrità fisica e altri simili situazioni nessuno può essere costretto ad anticipare il versamento di una cauzione per ottenere tutela dei propri diritti.

Nondimeno, per ogni altro diritto, ossia in pratica per quelli patrimoniali, si sarebbe invece benissimo potuto – e, forse, ciò sarebbe stato anche molto meglio – scrivere "deve", anziché "può".

Sta di fatto che si è optato per il "può", onde lasciare una maggiore discrezionalità al giudice.

Ove però il giudice non eserciti in senso positivo questa sua discrezionalità, rischierebbe di creare un pregiudizio definitivo al resistente, in ipotesi di insolvenza della parte ricorrente.

Pregiudizio definitivo che, in molti casi, a causa degli effetti riflessi del provvedimento amministrativo, non si produce solo in danno della controparte, bensì anche in danno dei terzi. Non sono pochi i casi in cui un provvedimento sospeso o non sospeso provoca, ineluttabilmente, gravi conseguenze a carico dei terzi, talvolta anche irreparabili.

La norma, che avrebbe una sua specifica utilità, finora non ha avuto però grande applicazione.

La possibilità di imporre una cauzione era già stata introdotta dall'art. 3, comma 1, della legge 21 luglio 2000, n. 205, ma, in verità, è stata di fatto applicata pochissime volte: può supporsi che si contino a decine o poco più, in dieci anni, i casi in cui il giudice amministrativo abbia disposto una cauzione; adesso, volendo essere ottimisti, si potrebbe auspicare che la formulazione dell'art. 55, comma 2, induca i giudici a farlo con maggior frequenza.

È doveroso notare che la previsione del comma 2 dell'art. 55 è ripetuta, con qualche modifica, oltre che nel già ricordato comma 3 dell'articolo successivo, che riguarda il cautelare monocratico, e anche nell'art. 61, comma 5, a proposito delle misure cautelari *ante causam*.

È altresì significativo osservare che, per ambo le ipotesi di provvedimento cautelare monocratico, non sia stata ripetuta la previsione limitativa di cui al secondo periodo del comma 2 dell'art. 55; da ciò potendosi trarre argomento per individuare un più ampio "*favor cautionis*" allorché il provvedimento cautelare ad effetti potenzialmente irreversibili sia concesso dall'organo monocratico.

In tutti tali casi, dunque, l'imposizione di una cauzione dovrebbe essere la regola, cui può farsi eccezione – peraltro neppure obbligatoriamente, stando al tenore letterale della norma – nei soli casi corrispondenti a quelli cui si riferisce il secondo periodo del comma 2 dell'art. 55.

Una grande novità del nuovo rito cautelare è l'improcedibilità della domanda cautelare fino alla presentazione dell'istanza di fissazione d'udienza. Come è noto, nel processo amministrativo, salvo le materie nelle quali l'udienza è fissata d'ufficio, la parte ricorrente ha l'onere di presentare la domanda di fissazione d'udienza; tuttavia, prima del Codice, la domanda di fissazione d'udienza era un atto di parte soggetto a revoca.

Sicché la parte, presentando la domanda dopo quasi due anni dal deposito del ricorso, poteva intanto giovarsi, per tale termine, dell'efficacia interinale del provvedimento cautelare favorevole.

Il quale, in ipotesi, potrebbe essere stato concesso proprio perché, come si è già detto, si basava su una maggior considerazione del *periculum in mora* rispetto al *fumus boni iuris*.

Caso assai frequente, specie nella giurisprudenza meridionale, era quello delle ordinanze che ordinavano la demolizione di immobili: in alcune realtà locali, forse neanche irragionevolmente, la sospensione di detti provvedimenti veniva concessa, in passato, con una certa larghezza, proprio in considerazione dell'irreversibilità pratica della demolizione di un edificio.

Ebbene, la parte che avesse ottenuto un provvedimento cautelare basato essenzialmente sul *periculum in mora*, anche se talvolta con un *fumus boni iuris* un po' traballante, poteva avere interesse a non far decidere il merito per il maggior lasso temporale possibile – talora mediante un disinvolto esercizio del potere di revocare l'istanza di fissazione d'udienza – magari poi giovandosi anche dell'intasamento dei ruoli, per non vederlo definito praticamente mai.

Adesso, invece, innanzitutto è precluso al giudice di decidere sulla domanda cautelare finché non sia stata presentata l'istanza di fissazione (art. 55, comma 4); cosicché a nessuno è consentito di precostituirsi da solo i primi due anni di effetto soprassessorio.

Inoltre, è stato introdotto il principio opposto: ossia che l'istanza di fissazione d'udienza non è più revocabile (art. 71, comma 1). È, questa, un'enorme novità: il combinato disposto di tali previsioni implica, oggi, che allorché si ottenga la cautela il merito vada sempre deciso a breve.

Questa norma si correla con il comma 11 dell'art. 55, che impone che l'ordinanza con cui è disposta una misura cautelare fissi sempre la data di discussione del ricorso nel merito.

Dunque, se è accolta l'istanza cautelare, deve essere immediatamente stabilito quando si discuterà il merito. Magari anche dopo un anno; però comunque l'efficacia interinale della misura cautelare viene assoggettata a un termine certo, non essendo più possibile che resti appesa *sine die*.

Tanto ciò è vero che, se il TAR non vi ottempera, ai sensi del periodo successivo dello stesso comma 11 è lo stesso giudice d'appello, ove confermi la misura cautelare, a dover ordinare di fissare l'udienza. In una stesura precedente delle bozze del Codice, si era scritto "fissa" l'udienza. Poi, invece, il riconoscimento dell'autonomia nella gestione dei ruoli da parte del giudice di primo grado ha consigliato, forse opportunamente, di restituire la questione al primo giudice, ma con l'ordine espresso di fissare l'udienza. Se il primo giudice non vi ottemperasse, si sarebbe di fronte a una situazione patologica, ai limiti della rilevanza penale per omissione d'atti d'ufficio; dunque ciò è impensabile, o almeno dovrebbe esserlo.

Parimenti molto significativa è l'innovazione introdotta dal comma 5.

Fino a oggi, la data in cui si discuteva la sospensiva davanti al TAR era grosso modo casuale.

In realtà, non avrebbe dovuto esserlo neanche in passato.

Dal combinato disposto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 – il cui articolo 21, comma 2, primo periodo, stabilisce che *"il ricorso … deve essere depositato nella segreteria del TAR entro trenta giorni dall'ultima notifica"* – e del Regolamento di procedura 17 agosto 1907, n. 642 – il cui art. 36, comma quarto, stabilisce che sulle "*domande di sospensione della esecuzione dell'atto amministrativo*", tanto se proposte nel ricorso che se introdotte con successivo e separato atto, "*la sezione pronuncia nella prima udienza dopo spirato il termine*", il quale è di "*dieci giorni dalla notifica*" ai sensi del comma secondo, salvo che sia abbreviato ai sensi del comma terzo – è dato ricavare, con la migliore dottrina (Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, § 174), che anche il sistema previgente prevedeva un automatismo nell'individuazione della data in cui l'istanza di sospensiva si sarebbe dovuta discutere, nei sensi di cui appresso.

"*Cioè, si può ritenere che se il ricorrente desideri discutere subito l'istanza di sospensiva debba depositare immediatamente il ricorso, e comunque prima dello scadere del decimo giorno dall'ultima notifica, per consentire appunto la trattazione della sospensiva nella prima udienza utile successiva allo scadere del decimo giorno da tale notifica*".

"*Qualora il ricorrente non manifesti tale urgenza e lasci trascorrere il decimo giorno per il deposito, ciò è segno che egli, pur non rinunciando alla sospensiva, intende avvalersi del diritto del termine più lungo di trenta giorni stabilito per il deposito del ricorso. In tal caso la sospensiva, anche se il deposito avvenga prima del trentesimo giorno (ma dopo il decimo) dalla notifica, non potrà essere discussa che all'udienza utile successiva allo scadere del trentesimo giorno*".

"*In questo modo gli intimati, una volta assicuratisi che il ricorso non è stato depositato il decimo giorno e che quindi la domanda di sospensione non potrà essere portata alla prima udienza utile successiva a questa data, sono resi consapevoli che la sospensiva medesima sarà discussa alla prima udienza utile successiva allo scadere del trentesimo giorno dall'ultima notifica*".

In altri termini, giacché la legge prevedeva che l'istanza cautelare fosse trattata in camera di consiglio nella prima data utile successiva alla scadenza del termine per il suo deposito, ne derivava che, se il ricorso era depositato, poniamo, dopo venti giorni, poiché il termine ultimo per il deposito era il trentesimo giorno, alla prima camera di consiglio dopo di esso si discuteva la sospensiva.

Il paradosso, però, è che se il ricorso è depositato proprio il trentesimo giorno e la prima camera di consiglio successiva è, in ipotesi, il giorno dopo, secondo la legge la sospensiva avrebbe dovuto discutersi l'indomani: ma ciò significava metterla sul tavolo di un relatore completamente al buio.

La situazione era ulteriormente complicata dal fatto che un'altra disposizione – ossia il cit. art. 36 del Regolamento di procedura n. 642 del 1907 – diceva qualcosa di leggermente diverso, il cui significato ermeneutico poteva riassumersi così: se, invece, il ricorrente avesse depositato il ricorso entro il decimo giorno dall'ultima sua notificazione alle controparti, allora l'istanza cautelare avrebbe dovuto essere trattata in udienza nella prima data utile, ossia nella prima udienza in calendario giudiziario, successiva a tale decimo giorno.

Dunque, se il deposito fosse avvenuto nel decimo giorno dall'ultima notifica, il ricorso andava trattato alla prima camera di consiglio successiva, e potenzialmente anche il giorno dopo.

In pratica, quindi, c'erano due possibilità: se il ricorrente depositava nei dieci giorni, si sarebbe dovuti andare alla prima camera di consiglio dopo il decimo giorno (sicché poteva anche discutersi nell'undicesimo giorno dall'ultima notificazione del ricorso); se invece depositava tra l'undicesimo e il trentesimo giorno, si sarebbe andati in discussione alla prima data utile dopo il trentesimo giorno: in ambo i casi, senza alcuna garanzia che fosse assicurato il benché minimo iato temporale tra il deposito e la camera di consiglio (se non che affidandosi alla mera e casuale eventualità che nel giorno successivo al deposito, intervenuto nell'ultimo giorno utile, non fosse prevista in calendario alcuna camera di consiglio).

Il paradosso sta nel fatto che il ricorrente potrebbe non avere interesse a depositare prima dell'ultimo giorno, per sottrarre spazio difensivo ai resistenti; mentre costoro, prima del deposito del ricorso, non si possono costituire, perché altrimenti sarebbero costretti a iscrivere la causa a ruolo, laddove essi, non avendo interesse alla decisione, sperano che il ricorrente non depositi mai.

Se, dunque, il ricorrente depositava l'ultimo giorno – sia che esso, a scelta del ricorrente, fosse il decimo ovvero il trentesimo – il ricorso rischiava di poter andare in udienza l'undicesimo o il trentunesimo giorno, e quindi i resistenti non avevano altra possibilità che costituirsi in udienza.

Sicché avrebbero dovuto predisporre le proprie memorie difensive appena ricevuta la notifica, per l'eventualità che il ricorrente avesse poi tempestivamente depositato l'istanza, ovvero nella sola notte successiva al decimo giorno, ammesso di essere stati presenti in Segreteria il decimo giorno alle ore 13 meno un minuto e aver potuto ivi verificare se quel tale ricorso fosse stato depositato.

Va però considerato che, se nel 1907 questa era una verifica di facile soluzione perché pervenivano non più che pochi ricorsi al giorno al Consiglio di Stato, ciò adesso sarebbe del tutto impossibile, giacché il solo passaggio dall'ufficio ricezione atti alla Sezione richiede alcuni giorni.

È evidente, dunque, che la previgente situazione normativa era via via divenuta ingestibile.

Pertanto, nei fatti, le cose non andavano più assolutamente così; e, per la sua difficile attuazione, l'automatismo previsto dalle ricordate disposizioni normative era ormai del tutto desueto.

Sostanzialmente, nella maggior parte dei TAR e presso il Consiglio di Stato, il meccanismo, almeno negli anni più recenti, ha funzionato in tutt'altro modo.

Il ricorso con l'istanza cautelare, dunque, si doveva depositare nel termine di trenta giorni.

Di fatto, il ricorrente depositava la domanda cautelare quando voleva, purché entro detto termine decadenziale, e subito dopo il presidente del TAR, allorché aveva spazio nel ruolo, fissava più o meno sollecitamente la data della camera di consiglio per la trattazione della sospensiva – in realtà, di norma, abbastanza rapidamente – e poi, ovviamente, ne dava avviso alle parti.

Se avesse rispettato le scadenze che si sono testé illustrate, l'avviso non sarebbe stato necessario, in quanto la data d'udienza avrebbe dovuto essere automaticamente individuata dalla legge.

Tuttavia non andava in quel modo, ma nell'altro: il presidente, cioè, fissava discrezionalmente la camera e mandava l'avviso alle parti. Col vantaggio, in realtà essenziale, di far decorrere un certo termine – in teoria non previsto dalla legge – tra il giorno del deposito e quello della discussione, così da evitare che quest'ultima avvenisse davanti a un collegio del tutto ignaro dell'affare trattato.

Tanto le cose andavano così, che la maggior parte degli operatori pratici – compresi taluni di coloro che hanno fatto parte della Commissione per la stesura del Codice – neanche sapevano che, in teoria, il meccanismo normativo di fissazione dell'udienza era quello che si è descritto poc'anzi.

È su questa realtà, disastrata perché non più in linea con i tempi, che è intervenuto il comma 5 dell'art. 55, con cui il legislatore ha cercato di fare la scelta più chiara possibile, conciliando l'esigenza di portare in udienza rapidamente l'istanza cautelare – anche per non intasare gli uffici giudiziari con richieste di decreti monocratici ai sensi dell'art. 56 – con la contrapposta esigenza di consentire alle parti intimate di difendersi seriamente.

È stato così individuato un meccanismo che tiene conto della necessità che sia decorso un certo termine dall'ultima notifica, ampliato da dieci a venti giorni; ma anche, cumulativamente, un certo termine dal giorno del deposito.

Sicché oggi il ricorrente può depositare quando vuole, nel termine massimo dei trenta giorni che ora l'art. 45 pone come limite generale a pena di decadenza per effettuare il deposito di ogni atto.

Se però deposita entro i dieci giorni dall'ultima notifica, andrà in udienza il ventunesimo giorno dall'ultima notifica, ovvero il primo giorno in cui il TAR tiene udienza a partire da tale data in poi.

Se invece deposita dopo il decimo giorno, andrà in udienza un po' più tardi, sempre però dopo dieci giorni da quello in cui abbia effettivamente depositato il ricorso o l'istanza cautelare.

È assai significativo rilevare che la nuova norma stabilisce che la camera di consiglio è automaticamente individuata dalla legge nel primo giorno in cui c'è udienza successivo a venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, ma anche a dieci dal deposito.

In questo modo, da un lato, si è garantito che dal deposito del ricorso presso il TAR debbano comunque passare almeno dieci giorni prima che si vada in udienza, così consentendo ai resistenti di costituirsi avendo il tempo per trovare il fascicolo e depositarvi i propri scritti difensivi e altresì al collegio di poter conoscere l'affare su cui è chiamato a provvedere.

La previsione, dall'altro lato, si correla – in caso di provvedimento cautelare monocratico – alla disposizione di cui all'art. 56, comma 4, che sottrae al presidente o al magistrato delegato che abbia anticipato la concessione della misura cautelare il potere di fissare per la pronuncia del collegio una data diversa da quella indicata dalla legge e ad essa successiva, sanzionando automaticamente, con la perdita di efficacia della misura cautelare monocratica, ogni ipotesi in cui il collegio non provveda sulla domanda cautelare nella camera di consiglio di cui all'art. 55, comma 5: ossia nella prima che sia prevista dal calendario (che, ai sensi dell'art. 2 della Norme di attuazione del Codice, "è fissato con cadenza annuale dai presidenti delle sezioni") dopo la scadenza del doppio termine, di venti giorni dall'ultima notificazione e di dieci giorni dall'avvenuto deposito, di cui al comma 5.

In altri termini, a chi abbia concesso una misura monocratica ex art. 56 il nuovo regime ha inteso sottrarre ogni discrezionalità nella fissazione della data in cui il collegio sia chiamato a rendere la pronuncia cautelare definitiva.

Tale data non può che essere – in caso di decreto di accoglimento dell'istanza cautelare – quella di cui all'art. 55, comma 5; se, per avventura, nel decreto sia indicata una data diversa e successiva, ciò non si risolverebbe in una mera illegittimità, ma troverebbe specifica sanzione processuale nell'inefficacia della misura cautelare presidenziale dopo la data in cui la vicenda cautelare avrebbe dovuto essere portata all'esame del collegio, senza che questo per qualsivoglia ragione (compresa la fissazione presidenziale di una data diversa e successiva) abbia provveduto in proposito.

Competente a dichiarare l'intervenuta decadenza della misura è, ovviamente, sia lo stesso collegio in sede di definizione della vicenda cautelare (con statuizione appellabile, se si tratti di giudice di primo grado), sia ogni altro giudice chiamato a conoscere della causa anche nel merito; nondimeno, trattandosi di un'inefficacia che deriva automaticamente dalla fattispecie legale, tale pronuncia è meramente dichiarativa, sicché già prima di essa le parti stesse potranno prescindere dall'osservanza della misura cautelare monocratica di cui ritengano cessata l'efficacia (facendosi carico, ovviamente, del rischio connesso alla relativa valutazione, ove essa risulti poi erronea).

Inoltre, la norma in esame ha codificato un'esigenza molto sentita nella prassi, ma che non trovava sfogo, e che era quella di coartare i resistenti a costituirsi almeno qualche ora prima della camera di consiglio.

Per anni si è assistito al deposito di consistenti memorie e documenti nella camera di consiglio in cui si decideva la sospensiva.

Il fatto è che, in sede di sospensiva, i difensori delle parti, terminata la discussione in camera di consiglio, escono. La camera di consiglio, come "udienza privata", non è aperta al pubblico, dunque non sono presenti le parti. Sono ascoltati, solo se ne fanno richiesta, i loro difensori. Usciti i difensori, il collegio decide davvero e in via definitiva.

Nel senso che quando esce la causa numero 1, prima che sia chiamata la causa numero 2 passano alcuni minuti – a volte pochissimi, essendo evidente lo scrutinio del ricorso – durante i quali il collegio realmente decide l'istanza cautelare. Ognuno si rende conto che sarebbe una *fictio* dire che il collegio abbia potuto tener conto di una documentazione troppo copiosa, depositata in udienza.

Taluni obiettavano che la legge dà alle parti facoltà di costituirsi e di depositare gli atti. Intendendo con ciò dire che gli atti si depositano, si mettono nel fascicolo e, quando verrà il merito, si guarderanno; ma questa tesi ovviamente non è seria, e perciò la legge ha ovviato imponendo il deposito almeno due giorni liberi prima.

I giorni sono due perché, com'è noto, in particolari materie – peraltro le più incandescenti, come gli appalti, i provvedimenti delle autorità e quant'altro, un tempo disciplinate dall'art. 23-bis della legge TAR n. 1034/71 e oggi dagli artt. 119 e seguenti del Codice – è previsto il dimezzamento di tutti i termini. In tali casi, dunque, il deposito va fatto almeno un giorno libero prima dell'udienza.

E un giorno libero prima vuol dire che, se l'udienza è oggi, si deve depositare entro l'altro ieri, così che sia il giudice che i difensori delle controparti abbiano avuto perlomeno tutta la giornata di ieri per esaminare i depositi effettuati e per studiare le memorie.

Nei limiti di quella *summaria cognitio* che è tipica della fase cautelare, ciò può senz'altro ritenersi sufficiente, salvo il caso che si tratti di atti eccessivamente ponderosi. Se il numero delle pagine depositate è ragionevole (cioè se si tratta di qualche decina), in una giornata si riesce sicuramente a verificarle, almeno a livello di *fumus boni iuris* e non dovendosi decidere il merito.

Quest'esigenza era tanto sentita, che il presidente della quarta sezione del Consiglio di Stato, già da qualche anno, aveva emanato un'ordinanza con cui imponeva sostanzialmente lo stesso termine.

Peccato che ciò non avesse, per unanime riconoscimento, alcuna base normativa.

Ora, invece, il meccanismo dovrebbe funzionare un po' meglio.

È stata disciplinata anche tutta la fase del contraddittorio prima dell'udienza cautelare.

In camera di consiglio gli avvocati trattano la causa oralmente, ai sensi del comma 7.

Non è più ammesso il deposito di scritti difensivi in camera di consiglio, proprio perché il termine per il loro deposito è quello di due giorni liberi prima della camera di consiglio.

Nondimeno, per gravi ed eccezionali ragioni il collegio, ai sensi del comma 8, può autorizzare la produzione di documenti: vuoi perché il documento potrebbe essere sopravvenuto, vuoi perché potrebbe costituire motivo di revisione, ovvero perché, se anche non fosse sopravvenuto, potendo comunque essere ancora prodotto ai fini della decisione di merito, non è opportuno che sia del tutto estromesso dal giudizio cautelare, sebbene tradivo, affinché la cautela sia data su una cognizione di atti il meno possibile diversa, si auspica, da quella sulla base dei quali atti si deciderà il merito.

Altrettanto non è a dirsi, invece, per le memorie, perché altrimenti ci sarebbe una violazione di contraddittorio: sia perché il giudice, senza un minimo di anticipo, non può leggere nella stessa camera di consiglio memorie che, a volte, superano anche le 100 pagine; sia perché, comunque, la controparte non conosce la nuova memoria e, anche ove se ne imponga lo scambio *in limine* dell'udienza, quando le pagine sono troppe nemmeno il difensore riesce a conoscere l'atto avversario prima di iniziare la discussione.

Dunque, per gravi ed eccezionali ragioni, nell'udienza cautelare può ammettersi il deposito di nuovi documenti, ma non di memorie; fra l'altro, essendovi facoltà di trattazione e difesa orale, ciò che si voleva scrivere lo puoi comunque esporre verbalmente, la controparte ascolta e può replicare.

È forse possibile che a tutto questo faccia eccezione, in qualche misura, l'art. 54, che però è una norma generale, mentre quella che vieta la produzione in udienza di memoria è una norma specifica del procedimento cautelare.

L'art. 54, in base al quale il giudice può consentire il deposito tardivo di memorie e documenti, impone però che sia sempre assicurato il contraddittorio sugli atti tardivamente depositati, nonché condiziona l'autorizzazione tardiva all'estrema difficoltà, per la parte, di rispettare il termine.

Non è affatto sicuro che l'art. 54, in quanto norma generale, possa derogare alla norma speciale che riguarda il rito cautelare, di cui al comma 8; è, cioè, possibile che l'art. 54 vada riferito solo alla decisione del ricorso nel merito. Tuttavia, se anche si ritenesse che la norma, sebbene generale, possa valere anche per il procedimento cautelare – ove pure c'è una norma speciale, che appunto è l'art. 55, comma 8, che consente l'eccezione solo per i documenti ma non per le memorie, e che dunque per le memorie la vieta – l'obbligo di garantire il contraddittorio implica che se la memoria è di due pagine, la garanzia del contraddittorio probabilmente è data dal mero scambio *in limine discussionis*; ma se invece la memoria è di 50 pagine, l'unico

modo per garantire il contraddittorio è il rinvio della camera di consiglio, facoltà di cui il giudice ovviamente sempre dispone.

Il comma 9 ribadisce che l'ordinanza cautelare debba essere motivata.

In realtà, non c'è verso di costringere il giudice a motivare, se egli vuol nascondersi dietro frasi di stile come: "ritenuta la sussistenza dei presupposti di legge, accoglie"; "ritenuta l'insussistenza dei presupposti di legge, respinge".

Queste, ed altre simili, evidentemente non sono motivazioni, ma solo pseudo motivazioni.

La motivazione non consiste in un'esposizione necessariamente lunga, anzi può essere ancor più breve di quelle tautologie testé ricordate.

Può, per esempio, consistere anche solo in frasi di questo genere: "ritenuto il *fumus boni iuris* in ordine al terzo motivo di ricorso, p.q.m. accoglie".

È, quest'ultima, una motivazione bensì brevissima, ma quanto mai chiara: essa significa, in sostanza, che il primo e il secondo motivo, a una sommaria delibazione, non meritano seguito; ma il terzo è fondato e perciò il giudice ritiene di concedere la misura cautelare.

La motivazione non è quella che molto spesso accompagna i provvedimenti cautelari del giudice ordinario, dove talvolta si scrive una sentenza di venti pagine, solo che la si chiama "ordinanza".

Motivare significa "dire qualcosa", e ciò non rende il giudice incompatibile a decidere il merito.

La Corte Costituzionale, per fortuna, è stata molto chiara nell'affermare che nel processo civile (cfr. Corte cost., 7 novembre 1997, n. 326) e in quello amministrativo (cfr. Corte cost., 21 ottobre 1998, n. 359) il fatto che il giudice si sia già pronunciato in sede cautelare non ne elide la terzietà ai fini della decisione del merito, in ragione del differente oggetto della cognizione del cautelare e di quella di merito (viceversa, per il processo penale Corte cost. 15 settembre 1995, n. 432, è pervenuta all'opposta conclusione dell'assoluta incompatibilità del giudice della misura cautelare personale ad essere anche giudice del dibattimento).

Nell'ovvia premessa che il giudizio di merito non integra un grado diverso, né un'impugnazione, rispetto a quello cautelare, l'uno e l'altro costituendo fasi distinte dello stesso grado del processo civile o amministrativo, la Corte ha evidenziato che nel giudizio cautelare oggetto della cognizione è l'apprezzamento del mero *fumus boni iuris,* cioè dell'apparente sussistenza di una fondatezza della domanda, ma solo

superficialmente ossia *prima facie*; nel merito, invece, si svolge una *cognitio plena,* dunque la questione viene esaminata diversamente, dunque senza una particolare incidenza della prima e provvisoria valutazione su quella definitiva e completa.

È verissimo, infatti, che non c'è nessun timore, per un giudice che sia e si senta terzo e indipendente, a dire che aveva bensì concesso la misura cautelare ravvisando il *fumus boni iuris*, ma che invece, nel merito, *melius re perpensa,* ritiene di respingere il ricorso.

È, in effetti, solo chi non si senta imparziale, o reputi di non essere considerato tale, a poter avere remore nel rendere, in sequenza, siffatte pronunce; magari temendo che il cambio di opinione possa apparire imputabile a chissà quale sopravvenienza illecita.

Il giudice sereno e sicuro di se stesso non ha alcun problema a dire che, all'apparenza, gli era parso che ci fosse un qualche elemento di fondatezza – tenuto conto che poi questo *quantum* di fondatezza lo deve anche valutare in rapporto alle conseguenze del *periculum in mora*, cioè quanto sia irreversibile il lasciar passare del tempo senza dare un qualche provvedimento – ma che poi, avendo studiato la cosa *funditus* per la decisione di merito – dove il *periculum in mora* non conta più nulla – ben può essersi accorto che le cose stanno diversamente.

Comunque, già l'art. 3, comma 1, della legge 21 luglio 2000, n. 205, imponeva la motivazione delle ordinanze cautelari (ma, in realtà, la motivazione era già imposta anche dal previgente ultimo comma dell'art. 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, poi novellato dal cit. art. 3; nonché sin dai tempi dell'art. 39 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, e dell'art. 31 del T.U. 17 agosto 1907, n. 638).

Soprattutto, però, un obbligo ineludibile di motivazione consegue all'art. 111 Cost., il cui comma quarto (già comma primo) stabilisce che "*Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*".

Il giudice, evidentemente, non emana ordalie o verdetti "americani" di innocenza o colpevolezza basati sulla libera opinione. Piuttosto, egli deve esprimere un proprio convincimento motivato, che va in qualche modo esternato, sicché da sempre – ma soprattutto dall'entrata in vigore della Costituzione – sarebbe stato doveroso rendere, anche in materia cautelare, provvedimenti motivati.

È un fatto che i giudici ordinari tendano a motivare troppo: dopodiché si trovano, moralmente se pur non giuridicamente, con le mani legate in sede di merito (cfr. Corte cost. n. 326/1997, cit.).

Anche a chi abbia scritto molte pagine di motivazione in sede cautelare, nulla vieta di mutare opinione in sede di merito; gli risulterà, però, molto difficile farlo, quantomeno perché si sentirebbe in dovere di confutare le proprie affermazioni di segno contrario esternate nella decisione cautelare.

Se, invece, il giudice della fase cautelare scrive solamente: "ritenuto il *fumus boni iuris* con riferimento al terzo motivo, p.q.m. accoglie"; ebbene, in tal caso nel merito non gli ci vorrà molto a spiegare che il terzo motivo, che a un primo esame superficiale era apparso assistito da profili di *fumus boni iuris,* a un più attento esame si è invece rivelato infondato per vari motivi.

Dunque la motivazione del cautelare deve essere tendenzialmente molto breve, ma è necessaria.

Una significativa novità è stata introdotta dal comma 10, che riprende un'analoga norma dell'art. 23-bis della legge 1034/71, che era però limitata solo ai ricorsi vertenti sulle materie indicate in detto art. 23-bis, ossia quelle che oggi sono indicate nell'art. 119 del Codice.

Ove sia sufficiente a tutelare interinalmente le esigenze cautelari del ricorrente il mero fatto di fissare il merito a una data prossima, prima della quale non ci possano essere conseguenze pregiudizievoli, ebbene non v'è alcun motivo di sospendere l'efficacia del provvedimento impugnato o di emanare chissà quale altra misura cautelare atipica; se, ad esempio, è impugnata la nomina di Tizio a tale incarico, se Tizio entrerà in carica il primo gennaio dell'anno prossimo e oggi è il quindici giugno, fissando il merito al dieci ottobre si potrà ragionevolmente decidere la causa, e sperabilmente anche pubblicarne la sentenza, prima che un pregiudizio si possa verificare.

Se, dunque, ogni esigenza cautelare è risolta dalla mera decisione rapida del ricorso, non occorre emanare misure cautelari.

Questo era già previsto dall'art. 23-bis, comma 3, della legge TAR, in base al quale il giudice, se riteneva che il ricorso fosse assistito da *fumus boni iuris* e *periculum in mora,* fissava l'udienza di merito entro trenta giorni. Per casi diversi, ai sensi del comma 5, si prevedeva che laddove, invece, nelle more di detti trenta giorni si potesse verificare un pregiudizio particolarmente qualificato, non ovviabile dalla mera fissazione sollecita del merito, solo in tali casi il giudice avrebbe potuto accompagnare la fissazione dell'udienza del merito entro trenta giorni – comunque imposta dal comma 3 – anche con l'emanazione di misure cautelari.

Di fatto, invece, non raramente accadeva che le misure cautelari restassero in piedi a tempo indeterminato, non essendo accompagnate dalla fissazione dell'udienza di merito: sia perché i ruoli di merito erano intasati; sia perché la decisione del merito risulta più impegnativa per il giudice; sia, infine, perché il giudice del cautelare poteva non essere quello competente a decidere il merito.

Quest'ultima ipotesi, non infrequente, si verificava allorché fosse stato proposto il regolamento di competenza, giacché anche la vecchia normativa impediva di decidere il merito prima che fosse stato esitato il regolamento di competenza, salvo che esso non fosse stato ritenuto manifestamente infondato dallo stesso giudice adito, con sentenza semplificata (giacché prima del Codice era prevista una sommaria delibazione del TAR per i casi di manifesta infondatezza); ma questo non era un caso

molto frequente, perché l'abuso della derogabilità della competenza – c.d. "*forum shopping*" o "turismo cautelare" – rendeva spesso i regolamenti di competenza manifestamente fondati, e non certo manifestamente infondati.

Oggi si è generalizzato il principio, in tutte le materie, che se ad evitare ogni pregiudizio è sufficiente decidere il merito rapidamente, ciò basta a non emanare misure cautelari specifiche. Il che può avvenire anche ad opera del giudice d'appello, che inviti il TAR a fissare l'udienza ai sensi del secondo periodo dello stesso comma 10.

In tema di competenza, è interessante il comma 13.

Di competenza si è trattato in altra occasione, dunque ad essa si accennerà appena.

È ben noto che ora la competenza è stata resa inderogabile, sia quella per materia ex art. 14 del Codice, sia quella per territorio ex art. 13 del Codice, sia in ogni altra ipotesi, cioè anche allorché la competenza si modifichi per effetto di domanda riconvenzionale proposta con ricorso incidentale.

Tutte le competenze sono state rese inderogabili, tranne quella scaturente dal riparto degli affari tra sede del TAR e sua sezione staccata, che è inderogabile solo quando è funzionale, cioè quando è stabilita ai sensi dell'art. 14; non invece per territorio semplice, ossia se è stabilità dall'art. 13.

Ebbene, il giudice a cui la parte si sia rivolta può disporre misure cautelari solo se ritiene di essere competente anche per la decisione del merito.

Se ritiene di non esserlo, è tenuto a provvedere ai sensi dell'art. 15, commi 5 e 6: il che significa che se ritiene di essere incompetente deve denegare, per questa sola ragione, la misura cautelare.

Dopo di che, o definisce la causa con ordinanza declaratoria della propria incompetenza, anche ai fini della cognizione del merito (e ciò farà ove reputi palese la propria incompetenza); oppure (se abbia qualche dubbio, ovvero se pensi che le parti probabilmente non si acquieteranno su tale declaratoria, ma la impugneranno) può prevenire ogni impugnazione di parte chiedendo d'ufficio il regolamento di competenza e facendo così definire una volta per tutte dal Consiglio di Stato la questione di competenza.

L'art. 15, comma 5, ultimo periodo, stabilisce che allorché un TAR sollevi regolamento d'ufficio di competenza, debba comunque indicare il TAR che, a suo avviso, sia competente.

Tale indicazione non è meramente pleonastica, ma è necessaria perché (ai sensi del comma 7 dell'art. 15) nelle more del procedimento per il regolamento della competenza, la parte interessata può riproporre le istanze cautelari al TAR indicato nell'ordinanza con cui il primo giudice adito ha richiesto il regolamento d'ufficio.

Il secondo giudice, ossia quello indicato nella richiesta di regolamento d'ufficio, è competente a provvedere sulle istanze cautelari quand'anche, in esito al regolamento di competenza, possa non essere dichiarato competente, perché è la legge gli attribuisce una competenza interinale fittizia, onde evitare che, nelle more della definizione della questione di competenza, si crei una cesura nel principio di origine costituzionale della c.d. "necessaria continuità della tutela cautelare".

All'art. 62, comma 4, è stato scritto in modo molto incisivo – perché si è ritenuto di dover correggere un sistema che da quarant'anni era abituato a considerare la competenza un *optional* – quello che deve fare il giudice di appello ove riscontri che un provvedimento cautelare sia stato emanato da un giudice incompetente: si è stabilito che, se riscontra anche d'ufficio l'incompetenza del TAR adito che abbia concesso misure cautelari, annulla ogni misura cautelare emanata dal giudice incompetente, salvo quelle emanate dal TAR che sia stato indicato ai sensi del comma 7 dell'art. 15 (perché tale giudice, per definizione, è provvisoriamente competente per il cautelare).

Tali misure, pur non restando per sempre efficaci, sopravvivono però per trenta giorni alla pronuncia di incompetenza sia del TAR adito che di quello indicato ai sensi dell'art. 15, comma 7.

Ad esempio: se sia stato adito il TAR di Genova e questo sollevi regolamento di competenza indicando come competente il TAR di Milano, se il Consiglio di Stato, decidendo il regolamento, dichiari la competenza del TAR di Roma, le eventuali misure cautelari concesse da Genova sono comunque annullate dal Consiglio di Stato (ai sensi dell'art. 62, comma 4), quand'anche il ricorso risulti assistito da *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Esse vanno annullate per la mera ragione che sono state emanate da un TAR incompetente. Viceversa, le eventuali le misure cautelari che siano state concesse dal TAR di Milano sopravvivono, nonostante anch'esso sia risultato incompetente, alla dichiarazione di incompetenza di Genova e di Milano in favore di quella di Roma, per trenta giorni, così da assicurare alla parte la "continuità di tutela cautelare"; sicché, in quei trenta giorni di ultrattività delle misure emanate, in questo esempio, dal TAR di Milano, la parte ha tempo di riproporre le sue istanze cautelari al giudice definitivamente competente, ossia nella specie al TAR del Lazio.

A questo punto, esaminiamo più attentamente l'art. 62, comma 4, che è una norma chiave del Codice, soprattutto in ordine al regime della competenza.

Il primo testo del Codice che fu elaborato dal Consiglio di Stato prevedeva il mantenimento dell'originario regime di competenza derogabile, che quindi sarebbe stata eccepibile solo mediante istanza di regolamento di competenza ad opera della parte interessata. In una prima versione del Codice, quella approvata dal Governo in sede di esame preliminare del decreto delegato, solo nella fase cautelare il giudice avrebbe potuto, e dunque dovuto, rilevare d' ufficio l'incompetenza.

Accadde, però, che i pareri resi dalle competenti commissioni parlamentari furono difformi: un ramo di Parlamento suggeriva di tornare al regime precedente, quello della piena derogabilità della competenza; mentre l'altro ramo ha rilevato che sa-

rebbe stato sistematicamente incongruente mantenere un sistema differenziato del rilievo della competenza tra fase cautelare e fase di merito.

Il Governo ha ritenuto di recepire questa seconda osservazione, ma – non volendo mantenere il regime di derogabilità, che in più d'una occasione aveva ridicolizzato la giustizia amministrativa – nel senso di rendere l'incompetenza inderogabile sia in sede cautelare che in sede di merito.

In questo modo, ogni asistematicità è stata eliminata, pur se in senso opposto a quello sottinteso dai pareri parlamentari.

Non si riesce, soggettivamente, a comprendere come si possa ritenere ragionevole mantenere – nel diritto processuale amministrativo – un regime di incompetenza che sia derogabile per volontà delle parti, ossia per mero effetto della mancata tempestiva proposizione del regolamento di competenza da parte dell'amministrazione, alla stregua delle seguenti considerazioni.

È noto che perfino nel processo civile, in cui per definizione si controverte di diritti disponibili – il possessore può certamente disporre del possesso dei propri beni, così come il debitore esecutato delle questioni relative all'esecuzione immobiliare o mobiliare che si faccia sui suoi beni, etc. – la legge qualifica come inderogabili alcune questioni di competenza per materia (quelle di cui all'art. 28 del codice di procedura civile): infatti, anche davanti al giudice civile la competenza territoriale è inderogabile in ordine ad ogni azione cautelare, nonché alle azioni possessorie, alle opposizioni all'esecuzione, alle opposizioni agli atti esecutivi, a tutti i procedimenti in camera di consiglio, etc..

Eppure, tutte tali questioni si agitano, di norma, nell'ambito dei diritti disponibili dalle parti.

Al contrario, l'amministrazione non può disporre negozialmente dell'interesse legittimo.

Infatti, anche quando la legge prevede che gli interessi pubblici siano perseguiti con strumenti di diritto civile, parimenti l'Amministrazione non spende la propria autonomia negoziale privata, bensì esercita discrezionalmente la propria funzione: è per questo che tali ambiti sono attribuiti dalla legge alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, configurandosi promiscuamente diritti soggettivi e interessi legittimi in capo alle controparti dell'amministrazione procedente.

Si vuol dire che l'amministrazione in ogni caso gestisce con discrezionalità gli interessi pubblici, non avendo la libertà negoziale di disporre, come di cosa propria, degli interessi legittimi che si contrappongono all'esercizio del pubblico potere.

In effetti, l'amministrazione non può dire, per mera simpatia (come potrebbe invece fare un soggetto privato), che sebbene il ricorso di un concorrente soccombente in una pubblica gara sia infondato, egualmente in via transattiva (*rectius*: conciliativa) aggiudica al ricorrente la procedura.

E non può farlo non tanto perché questo travolgerebbe l'interesse dell'altra parte – il che sarebbe poca cosa, dato che l'altra parte è presente in giudizio come litisconsorte necessario e si potrebbe opporre alla conciliazione della causa – bensì

essenzialmente perché la gestione del pubblico potere non è oggetto di un libero esercizio di autonomia negoziale da parte dell'amministrazione.

La discrezionalità è tutt'altra cosa: riguarda l'*an*, il *quid*, il *quomodo*, il *quando* del provvedere, ma non comporta la possibilità di gestire la cosa pubblica come cosa propria, perché non è tale.

Se poi, talvolta, qualcuno lo fa, commette reato; esponendosi al rischio, pur di fatto modesto, di essere per tal ragione perseguito in sede penale.

Orbene, se l'interesse legittimo, come situazione sostanziale, non è disponibile da parte dell'amministrazione, non è dato capire come si possa affermare che, nel processo amministrativo, la competenza non soltanto possa, ma addirittura debba essere configurata come derogabile.

In realtà, la questione della derogabilità della competenza territoriale del TAR nasce per motivi del tutto diversi, con la legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

Prima di essa i TAR non esistevano, dunque non si poteva porre alcun problema di competenza.

C'era, di fatto, un solo giudice amministrativo, che aveva competenza su tutta l'Italia.

Ebbene, quando furono istituiti i TAR si pensò che la competenza, in finale, fosse un problema marginale, perché comunque il processo amministrativo, anche se in primo grado si può svolgere in 29 sedi diverse (quanti sono i TAR e le relative sezioni staccate), comunque ha un unico giudice di secondo e ultimo grado: sicché, in ultima analisi, poco importa dove si svolga il giudizio di primo grado, giacché il giudicato, se una parte lo voglia, si formerà sempre a Roma, al Consiglio di Stato.

È, dunque, in una originaria logica di svalutazione culturale del giudice di primo grado, da ritenere sbagliata, che storicamente nacque la tesi che portò a configurare come derogabile la competenza territoriale del TAR.

Alla sua base non c'è stata alcuna ricostruzione dogmatica o sistematica che abbia seriamente affrontato la questione della derogabilità, o meno, delle situazioni sostanziali dedotte in giudizio, ossia dell'interesse legittimo, per trarne i debiti corollari quanto al più coerente regime del rilievo dell'incompetenza territoriale nel processo amministrativo.

Successivamente, però, si è visto che, soprattutto con riferimento alla fase cautelare, la questione della derogabilità della competenza ha comportato veri e propri disastri (per la serietà del processo; che, ovviamente, in tutt'altra ottica si considerano come insperabili esiti concreti per il ricorrente).

Si è già fatto l'esempio del raduno degli Alpini a Catania, che è un fatto realmente verificatosi nei termini sopra indicati.

Riconducendo il discorso al comma 4 dell'art. 62, penultimo periodo, è stata fatta una scelta, che in effetti era stata inizialmente ipotizzata in senso alquanto diverso.

In una precedente versione del testo, infatti, si era ipotizzato che quando il Consiglio di Stato dichiara l'incompetenza del TAR adito, con la stessa ordinanza "definisce la questione cautelare".

Si era pensato, cioè, che, a torto o a ragione, allorché comunque la *res controversa* fosse ormai in mano all'unico giudice d'appello d'Italia, tanto valesse che esso definisse la questione cautelare.

La norma, così scritta, si sarebbe collocata nella stessa logica "culturale" che diede luogo all'originaria strutturazione in termini di derogabilità della competenza territoriale del TAR.

Alla fine, invece, si è ritenuto che fosse meglio rovesciare una siffatta impostazione, anche per non stimolare affermazioni "di comodo" della propria competenza da parte dei TAR.

Si è perciò deciso – ne dà atto la relazione al Codice – di "sanzionare l'erronea scelta del giudice adito con la automatica caducazione delle misure cautelari emanate dal giudice incompetente".

È così che si è originata la previsione normativa espressa dalla norma in commento: "*il giudice competente per l'appello cautelare*" – che, si noti, potrebbe anche essere il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, cui per la prima volta è stato attribuito il potere di regolare, sia pure solo in questo caso, la competenza con effetto vincolante per tutti i TAR – "*quando dichiara l'incompetenza del TAR adito, … annulla le misure emanate da un giudice*" non competente, salvo che si tratti di quello di cui al comma 7 dell'art. 15 che è interinalmente competente (sicché le sue misure cautelari sopravvivono a termine, ossia per trenta giorni; decorsi i quali la situazione si azzera, potendosi ottenere misure cautelari solo dal giudice competente).

Quella ora ricordata è una norma di chiusura, che raccorda l'appello cautelare con la definizione della questione di competenza (sia cautelare che di merito) in modo molto incisivo ed idoneo a prevenire arbitrii, giacché per quarant'anni si era assistito a fughe da e verso specifici TAR.

Si è già accennato, ma merita di essere ben evidenziato, che anche nel rito cautelare uniforme del giudice ordinario (artt. 669-bis e ss. del codice di procedura civile), la domanda cautelare si può proporre solo al giudice competente per il merito; dunque, se il giudice adito non è competente per il merito, deve rigettare d'ufficio l'istanza cautelare per il solo fatto di non essere competente per il merito; se, poi, il giudice sbaglia e concede la misura cautelare, il collegio adito in sede di reclamo dell'ordinanza cautelare monocratica deve annullarla, anche soltanto perché il tribunale adito in sede cautelare non è quello competente per il merito.

Non è dunque sostenibile che la scelta del codice del processo amministrativo sia fuori sistema, rispetto al processo civile: in entrambi, o il giudice è competente, o non può dare misure cautelari.

Analoghe previsioni – in termini di verifica d'ufficio della competenza del TAR adito – sono state previste per la fase monocratica presidenziale del giudizio cautelare (art. 56, comma 1, ultimo periodo) e per il cautelare *ante causam* (art. 61, comma 3).

Nell'art. 56 comma 1, ultimo periodo, è scritto chiaramente che il presidente provvede sulla domanda solo se ritiene la competenza del TAR, altrimenti non dà alcuna misura cautelare e rimette le parti al collegio per i provvedimenti di cui al comma 13 dell'art. precedente, di cui si è già detto (ordinanza declaratoria di incompetenza; ovvero richiesta di regolamento d'ufficio di competenza).

Va poi esaminato, brevemente, il procedimento cautelare monocratico presidenziale in corso di causa, che dunque si svolge dopo che sia già stato notificato il ricorso di merito.

Nelle more di quei venti giorni dall'ultima notifica e dieci dal deposito (di cui all'art. 55, comma 5) – e altresì in attesa della prima udienza successiva allo spirare di detti termini dilatori: quindi, se la parte ricorrente è stata diligente nel depositare il ricorso, per circa da ventuno a trentacinque giorni, stante che mediamente nei TAR è fissata un'udienza ogni quindici giorni – il ricorrente, ove vi sia un pericolo tanto imminente da non consentirgli di attendere l'udienza (come è chiaramente specificato dal comma 1, che parla di "caso di estrema gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio"), può chiedere al presidente un provvedimento decretale interinale, efficace fino alla successiva camera di consiglio.

Per il resto, l'art. 56 contiene una serie di misure pratiche, che si auspica possano funzionare, finalizzate ad evitare abusi, nonché a realizzare un minimo di potenziale contraddittorio; non già nel senso che il presidente debba sentire le parti, bensì nel senso che possa, se lo ritiene opportuno, senza formalità e anche separatamente – dunque se e quando si presentino nel suo ufficio, previo appuntamento – sentire le parti che lo chiedano, cioè che si rendano disponibili, prima di concedere o denegare la tutela cautelare decretale.

Non c'era stata, prima del Codice, una grande inflazione di decreti: i presidenti sono stati sempre abbastanza prudenti a concedere i decreti.

Talora questa sorta di contraddittorio potrebbe stimolare la concessione del decreto, magari perché il ricorrente può andare di persona a esporre cosa possa altrimenti

succedere; ovviamente, ciò deve essere scritto nel ricorso, però a volte una spiegazione orale può aiutare.

Altre volte potrebbe essere invece il resistente a presentarsi al presidente per esporre che l'emanazione del decreto di un certo contenuto potrebbe pregiudicare definitivamente la situazione, in senso opposto al provvedimento impugnato e che, dunque, se in ipotesi il ricorso fosse infondato, l'intervento decretale potrebbe creare pregiudizi irreversibili.

Nei primi mesi di vigenza del Codice, invece, sembra assistersi a un certo incremento delle istanze di provvedimento monocratico; ma – a pensar male – potrebbe sembrare che esse, più che realmente tese a ottenere una misura cautelare anticipata, siano almeno in parte strumentalmente volte a lucrare, anche in caso di rigetto dell'istanza, la designazione del relatore con meccanismi diversi da quelli ordinari (ossia ad opera del magistrato delegato a esaminare le richieste di decreto, che la parte potrebbe di fatto individuare ove conosca le turnazioni stabilite presso ogni Ufficio).

Ci sono poi norme (comma 5) finalizzate, sostanzialmente, ad evitare – perché anche a questo si è assistito nella pratica – che, con espedienti quali notifiche a mezzo fax fatte a mezzanotte del sabato, o approfittando del fatto che la carta fosse finita o di altre analoghe contingenze, si possa ottenere un provvedimento decretale mantenendone all'oscuro la controparte, così da minorarne le possibilità di difesa.

All'uopo, si è previsto un termine di cinque giorni entro il quale il ricorso, se notificato a mezzo fax, debba essere rinotificato per le vie ordinarie, affinché ne sia assicurata la conoscenza effettiva.

Se non si tiene presente questo, non si riesce a spiegare che senso abbia il comma 5.

Il comma 4, invece, è finalizzato a circoscrivere drasticamente la durata temporale di efficacia del decreto presidenziale.

La norma ha inteso stabilire, infatti, che il ricorso che sia stato preceduto da una misura cautelare decretale debba essere necessariamente trattato dal collegio, sotto pena di automatica caducazione degli effetti del decreto cautelare presidenziale, non già in un'udienza discrezionalmente scelta dal presidente, bensì proprio in quell'udienza automaticamente individuata dalla legge ai sensi del comma 5 dell'art. 55, ossia nella prima data utile dopo la scadenza del doppio termine ivi indicato.

La prassi ha più volte conosciuto misure cautelari concesse dal presidente *inaudita altera parte*, cui hanno fatto seguito camere di consiglio fissate solo a distanza di uno, due o anche tre mesi; oppure fissate tempestivamente, ma poi semplicemente rinviate.

Adesso, invece, il collegio deve trattare il cautelare nell'udienza automaticamente individuata dalla legge, altrimenti il decreto presidenziale perde efficacia; e in quell'udienza il collegio si deve assumere la responsabilità di confermare il decreto presidenziale, che altrimenti perde effetto.

Ancor più stringenti (art. 61) sono, invece, i presupposti per l'emanazione di misure cautelari *ante causam*. Innanzitutto, il comma 5 non parla più di estrema gravità e

urgenza, bensì di eccezionale gravità e urgenza: non è solo un fatto nominalistico, dato che il provvedimento di accoglimento deve essere notificato alle altre parti entro cinque giorni dalla pronunzia del provvedimento che accolga l'istanza cautelare.

Inoltre, la cautela concessa perde comunque effetto se, entro quindici giorni, non viene notificato il ricorso, comprensivo di domanda cautelare, per il giudizio di merito.

In ogni caso, poi, il provvedimento cautelare *ante causam* perde effetto con il decorso di sessanta giorni, entro i quali la parte che vi abbia interesse è onerata di chiedere e ottenere le misure cautelari in corso di causa, ossia quelle di cui ai già esaminati articoli 55 e 56.

Ciò si realizza abbastanza naturalmente nei ricorsi impugnatori, i quali sono assoggettati al termine di decadenza di sessanta giorni, il cui decorso ovviamente non è sospeso nelle more del procedimento cautelare *ante causam* ex art. 61.

Giacché però ora il Codice contempla anche molti casi (ad esempio, quelli di cui all'art. 30) in cui la domanda si propone entro centoventi giorni e non entro sessanta, nonché le ipotesi di giurisdizione esclusiva in cui la domanda si può proporre nei termini di prescrizione del diritto, che possono essere anche di cinque o dieci anni, la norma in esame ha l'effetto di porre sempre e comunque a carico della parte che abbia chiesto e ottenuto una misura cautelare *ante causam* l'onere della proposizione del ricorso di merito entro sessanta giorni dal decreto di accoglimento, sotto pena di decadenza (non certo dal potere di impugnare o di ricorrere, che resta assoggettato al proprio termine di legge, bensì) dell'effetto della misura cautelare data anteriormente alla causa.

Una misura cautelare *ante causam* così stringente era già prevista nel solo rito degli appalti.

Ora, invece, tale mezzo di tutela è stato generalizzato; ma, siccome nei primi quattro anni di vigenza (era stata introdotta dall'art. 245 del D.Lgs. 12 aprile 2006, 163), esso è stato azionato in pochissimi casi, c'è da supporre che l'applicazione pratica dell'art. 61, come è bene che sia, resterà parimenti limitata, proprio perché si tratta di strumento previsto per casi effettivamente eccezionali.

Si consideri, del resto, che nel processo amministrativo la domanda si introduce di norma con la formulazione di specifici motivi di ricorso, sicché al giudice occorre conoscere gli specifici motivi posti (o da porre) a sostegno della domanda, altrimenti non potendo valutarne il *fumus boni iuris*.

È chiaro, dunque, che la cautela *ante causam* integra un caso limite, in cui il peso della decisione si sposta quasi totalmente sulla valutazione del *periculum in mora*; ma, proprio per questo, è ovvio che la sua efficacia temporale deve essere limitata

allo stretto indispensabile, dovendo subito dopo confluire negli strumenti cautelari interni al giudizio (sia impugnatorio che non impugnatorio).

Conseguentemente, il Codice ha rifiutato l'idea di un giudizio cautelare del tutto autonomo, il cui esito possa sopravvivere indipendentemente dall'immediata introduzione del giudizio di merito in cui confluisca il relativo esito; diversamente da quanto si è recentemente previsto per il giudizio cautelare nel processo civile, in cui si è introdotta – con opinabile utilità – la possibilità che la misura cautelare sopravviva anche senza che sia proposta alcuna domanda di merito.

A chi pensa che in tal modo si eviti l'inutile superfetazione dei giudizi di merito, si può obiettare che ciò non solo farà lievitare il numero dei giudizi cautelari – con ovvie ripercussioni negative sulla produttività dei giudici in termini di sentenze di merito – ma altresì rischia di slegare del tutto la decisione cautelare dall'accertamento delle sottostanti situazioni giuridiche delle parti: sia dando adito a soggettive valutazioni equitative del giudicante, sia consolidando di fatto assetti provvisori (in quanto non legati alla formazione di alcun giudicato) che, al di fuori della materia possessoria, mal si confanno alla regolamentazione giuridica dei rapporti tra soggetti privati.

Tornando al Codice, va segnalata la previsione di una pronuncia sulle spese del procedimento cautelare che, di norma, resta autonoma da quella del giudizio di merito, dunque non destinata ad essere inglobata in quella definitiva.

In effetti, era questa la ragione per cui si vanificava quasi sempre l'eventuale pronuncia (non obbligatoria) sulle spese della fase cautelare, già introdotta dalla legge 21 luglio 2000, n. 205.

Se, infatti, nell'immediatezza dei fatti il giudice poteva provvedere, "*provvisoriamente*" diceva la norma, sulle spese della fase cautelare – e, soprattutto nei primi mesi di vigenza della norma tale facoltà è stata effettivamente più volte esercitata dal giudice amministrativo – successivamente ci si è accorti che, a distanza di anni, molto spesso la decisione di merito finiva col compensare le spese del giudizio: il che addirittura implicava che la parte che avesse pagato tali spese, poteva riperterle, proprio in forza della definitiva compensazione decisa in esito al giudizio di merito.

Sicché si è pensato di svincolare la condanna alle spese della fase cautelare da quella di merito; ed altrettanto si è stabilito per quanto riguarda il giudizio di attuazione delle misure cautelari, che è modellato, come peraltro già accadeva nella prassi, sulla falsariga del giudizio di ottemperanza (con l'unica differenza che l'attuazione delle misure cautelari, al pari di esse, è disposta con ordinanza).

3. – L'istruttoria

Gli artt. 63 e ss. del Codice riguardano l'istruttoria.

Si è già accennato al fatto che la questione che più è stata dibattuta nel corso dei lavori preparatori era se introdurre o meno una istruttoria obbligatoria, cioè una specifica udienza in cui "smistare" le cause davanti al giudice amministrativo.

Per fortuna tale udienza alla fine non è stata introdotta, altrimenti ci sarebbe stato da temere che avrebbe seguito i "fasti" dell'udienza di cui all'art. 180 del cod. proc. civ., nel testo novellato dal D.L. 18 ottobre 1995, n. 432 – udienza che è stata, infine, fortunatamente soppressa dall'art. 2, comma 3, lett. c-bis), del D.L. 14 marzo 2005, n. 35, per come modificato dalla relativa legge di conversione – per la quale un diligente giudice civile si dotava di un "timbro" per verbalizzare tale prima udienza, con il quale dava atto che, effettuate le verifiche e quant'altro prescritto dal cit. art. 180, nei fatti si limitava a fissare la prima udienza di trattazione, di cui all'art. 183 c.p.c., alla data che poi indicava a penna in calce al "verbale-timbro". Si vuol dire, in sostanza, che tale udienza di prima comparizione delle parti risultava inutile nella quasi totalità dei casi.

Può anche darsi che, nel giudizio amministrativo, un'udienza istruttoria non sarebbe inutile proprio quasi sempre, perché forse una o due volte su dieci potrebbe avere una sua specifica utilità.

Nondimeno, ad avviso di chi scrive, ciò non sarebbe bastato a compensare il ben maggior danno che comporterebbe, in termini di rallentamento della produttività del giudice amministrativo.

Quest'ultima, come pure si è accennato, si basa fondamentalmente sulla capacità di decidere le cause (quasi) tutte le volte che vengono portate all'udienza di merito, con poche eccezioni (tra cui quando si dispongono incombenti istruttori; scelta che, però, non si dovrebbe in alcun caso riconnettere all'essere il collegio riuscito, o meno, ad assumere una decisione sulla singola causa).

In linea di massima, va detto che di istruttorie se ne fanno abbastanza poche e in ciò è una delle cause principali del discreto funzionamento della giustizia amministrativa.

Se si introducesse un'istruttoria necessaria per tutte le cause, tale funzionalità verrebbe affossata.

L'art. 63 è particolarmente significativo perché, insieme all'art. 64, ben chiarisce come l'onere della prova sia ripartito nel giudizio amministrativo tra il ricorrente e l'Amministrazione intimata.

Si può dire che anche nel processo amministrativo sia, in linea di massima, vigente il principio generale di cui all'art. 2697 del codice civile, in base al quale *onus probandi incumbit ei qui dicit*.

Ciò significa che l'attore è tenuto, nel processo civile, a provare i fatti costitutivi della domanda che propone, mentre il convenuto è tenuto a provare i fatti impeditivi, modificativi o estintivi della pretesa fatta valere dall'attore; ne deriva che la parte che

non abbia assolto l'onere di introdurre nel giudizio e di comprovare gli specifici fatti della cui prova essa è gravata, dovrà subire una decisione che assuma tali fatti come insussistenti, con ogni conseguenza sfavorevole.

Per l'attore, si tratta di introdurre e provare i fatti da cui risulta il suo diritto; per il convenuto, di introdurre e di provare i fatti costituenti le c.d. "eccezioni proprie", ossia di quelle circostanze che il giudice non può porre d'ufficio a base della decisione.

Nel processo amministrativo la scelta fondamentale è analoga, perché anche la giurisdizione amministrativa, in Italia, è stata strutturata – sin dall'istituzione della Quarta sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, con la legge 31 marzo 1889, n. 5992, – come una giurisdizione di tipo soggettivo, ossia tesa a tutelare gli interessi legittimi o i diritti soggettivi delle parti, e non già come giurisdizione oggettiva, volta a garantire l'esatta osservanza del diritto oggettivo nell'interesse pubblico generale, quali sono invece la giurisdizione penale e anche quella della Corte dei conti.

Ciò è dimostrato, fra l'altro, dal fatto che, sia davanti al giudice penale che davanti alla Corte dei conti, è istituito l'Ufficio del Pubblico Ministero, che invero caratterizza ogni giurisdizione oggettiva; mentre davanti al giudice amministrativo non esiste un Pubblico Ministero (al pari che davanti al giudice civile, salvi casi marginali di cui non rileva occuparsi in questa sede).

Talvolta è stata sostenuta l'opportunità dell'introduzione di un Pubblico ministero anche davanti al giudice amministrativo – e, anzi, tale ipotesi sembrò essersi concretizzata con l'art. 3 del D.L. 8 marzo 1993, n. 54, che attribuiva tali funzioni requirenti al Procuratore regionale presso la Corte dei conti; ma tale decreto decadde poi retroattivamente, non essendo mai stato convertito in legge – ma, prevalentemente, oggi si ritiene che tale ipotesi non servirebbe ad altro che a moltiplicare il numero dei posti direttivi nelle piante organiche della giurisdizione amministrativa.

Quella amministrativa, dunque, è sempre stata una giurisdizione c.d. di diritto soggettivo; con l'immanente corollario che il principio che domina il processo amministrativo sia (e non possa che essere) quello dispositivo: sulla parte che agisce deve perciò gravare l'onere di provare i fatti che essa pone a fondamento della propria domanda.

Tuttavia nel processo amministrativo tale principio incontra alcune mitigazioni quanto alla prova (non ci si vuol riferire, si badi bene, alla situazione giuridica dedotta in giudizio: che, come si è già accennato, essendo normalmente di interesse legittimo e non di diritto soggettivo non è disponibile per la parte pubblica, la quale non può abdicare dal perseguire i pubblici interessi affidati alle sue cure; ma da quella privata certamente sì, appunto perché si tratta di una giurisdizione soggettiva).

Storicamente, il limite del principio dispositivo è costituito dal cosiddetto "metodo acquisitivo" con cui il giudice opera rispetto alla prova.

Tale metodo acquisitivo è nato, appunto, per contemperare l'astratto principio dispositivo con la concreta considerazione che, in moltissimi casi, la parte privata non ha alcuna disponibilità degli elementi di prova che pure sarebbe onerata di porre a fondamento della sua domanda, perché spesso questi elementi di prova riposano, esclusivamente, negli archivi della pubblica amministrazione.

L'art. 63, comma 1, pone l'onere della prova a carico delle parti: dunque dei ricorrenti che propongono la domanda principale o eventuali domande riconvenzionali con ricorso incidentale; ovvero altre domande con motivi aggiunti, oppure le c.d. eccezioni proprie (giacché anche davanti al giudice amministrativo vi sono alcune eccezioni che il giudice non può considerare senza la domanda di parte: tra cui la più importante è, forse, l'eccezione di prescrizione).

Nondimeno, l'art. 64 specifica che però l'onere delle parti di fornire gli elementi di prova è limitato a quegli elementi che siano nella disponibilità delle parti stesse, e il terzo comma chiarisce che, allorché si tratti di elementi che siano nell'esclusiva disponibilità della pubblica amministrazione, la parte può limitarsi ad allegare il fatto, senza dunque provarlo, chiedendo al giudice di ordinare all'amministrazione di produrre il documento o l'informazione che serva a far acquisire al giudizio la prova di quel fatto.

In effetti nel processo amministrativo – data la sostanziale sperequazione che si riscontra nella disponibilità dei fatti acquisiti mediante il procedimento tra la parte pubblica e le altre parti che pure ad esso hanno partecipato – se l'onere della prova fosse posto sempre e comunque a totale carico del ricorrente in molti casi si verserebbe nell'impossibilità di tutelare le situazioni giuridiche soggettive, sia di diritto soggettivo che di interesse legittimo, quand'anche pienamente fondate.

È per questo che è stato riconosciuto al giudice il potere di acquisire prove d'ufficio – ma, è da ritenere, previo assolvimento quanto meno di uno specifico onere di allegazione del fatto da parte del soggetto privato – secondo un paradigma che, peraltro, non è del tutto estraneo neanche al codice di procedura civile, appunto in quei casi in cui la parte su cui grava il relativo onere potrebbe non avere alcuna disponibilità della fonte di prova: si considerino, ad esempio, le ipotesi di cui agli artt. 421 c.p.c. (in materia di lavoro) e 548 c.p.c. (sull'accertamento dell'obbligo del terzo).

Venendo a un esame più dettagliato, il Codice ha ovviamente dovuto richiamare tutti i mezzi di prova previsti dal codice civile, giacché diversamente sarebbe stato tacciato di astratta inidoneità a garantire la piena tutela delle situazioni giuridiche dedotte in giudizio, costituzionalmente imposta.

Dispone in tal senso l'art. 63, con la sola eccezione dell'interrogatorio formale e del giuramento.

Tale eccezione, prevista dal relativo comma 5, dimostra una volta di più ciò che si è già detto: cioè che la situazione giuridica soggettiva normalmente devoluta alla cognizione del giudice amministrativo – l'interesse legittimo – non è nella disponibilità

dell'autonomia negoziale delle parti (*rectius*: della parte pubblica), perché è questa la ragione dell'inammissibilità del giuramento e dell'interrogatorio formale (che è un mezzo di prova unicamente volto a provocare la confessione).

Poiché sia nel giuramento che nella confessione è insito l'esercizio del potere dispositivo del diritto dedotto in giudizio, questi mezzi di prova sono esclusi dal processo amministrativo in cui la situazione dedotta in giudizio non è disponibile all'amministrazione.

Tutti gli altri mezzi di prova sono, almeno in teoria, ammissibili nel processo amministrativo.

Nondimeno, è facile previsione affermare che si continuerà a vedere raramente, in tale processo, la prova testimoniale; che, comunque, il Codice vuole assunta in forma scritta (art. 63, comma 3).

In questa forma, forse, talvolta capiterà anche di vederla; finora, non si era pressoché mai vista.

Quanto al controverso rapporto – su cui molto è stata criticata, anche dalle commissioni parlamentari, la differenza tra la sua versione finale e quella che era stata proposta dalla commissione redigente presso il Consiglio di Stato – tra consulenza tecnica e verificazione, il Codice ha infine imposto una gerarchia, obiettivamente sbagliata: il giudice deve di norma ordinare la verificazione oppure, ma solo se sia indispensabile, una consulenza tecnica.

Almeno in materia di diritti soggettivi, l'opzione preferenziale del Codice per la verificazione induce notevoli perplessità in termini di terzietà dell'organo ausiliario, anche se il giudice nei fatti la attenuerà dando l'incarico della verificazione a una struttura amministrativa diversa da quelle appartenenti alle parti (Ministero, Ente, o altro soggetto in causa).

È vero che la soggettività dello Stato è formalmente unica, ma nella sostanza non è poi detto che amministrazioni diverse non riescano a essere abbastanza imparziali l'una nei confronti dell'altra.

In ogni caso, bisogna prendere atto che questa è stata la scelta del Codice.

Si può supporre, tuttavia, che essa possa essere soggetta a interpretazione giurisprudenziale c.d. ortopedica: cioè che il giudice amministrativo possa evitare di sollevare, in proposito, questione di legittimità costituzionale, se si limiterà a disporre di norma la consulenza tecnica, ritenendo che nel concetto di "necessità" vada ricompresa anche l'esigenza di garantire la terzietà dell'ausiliario.

Peraltro, in certi casi è di fatto necessario disporre una verificazione, essendoci alcune situazioni in cui le specifiche competenze tecniche per svolgere un determinato accertamento sono possedute in via pressoché esclusiva da uno specifico organo amministrativo, e da nessun altro.

Quanto all'istruttoria presidenziale o collegiale, di cui si occupa l'art. 65, si è già rilevato come, per fortuna, il Codice non abbia cambiato quasi nulla rispetto a prima.

Invece, per la verificazione e la consulenza tecnica, gli articoli 66 e 67 hanno chiarito alcuni concetti che stavano faticosamente emergendo nella giurisprudenza.

In primo luogo l'art. 66, commi 3 e 4, ha chiarito che l'organismo verificatore va sempre pagato; non già in persona del singolo operatore (che, come pubblico dipendente, svolge una prestazione compensata dal trattamento stipendiale omnicomprensivo), ma in riferimento all'ufficio incaricato.

Per quanto invece concerne la consulenza tecnica d'ufficio, il comma 3 dell'art. 67 ha strutturato la norma con un certo pragmatismo, in modo da evitare quello che succedeva nel giudizio civile (almeno prima della novella del 2009 all'art. 195, comma 3, c.p.c.), ossia che l'attività si parcellizzi in una molteplicità di udienze: una prima in cui la parte formula la richiesta di consulenza tecnica; un'altra in cui il giudice ammette il mezzo richiesto e nomina il consulente; una terza per la quale ne dispone la comparizione per conferirgli l'incarico, previa formulazione dei quesiti (cui segue un altro rinvio a ben oltre novanta o anche centottanta giorni, secondo l'entità del termine assegnato per il deposito della relazione); a tale ulteriore udienza, se tutto va bene, è stata depositata la relazione, ma di solito almeno una parte chiede termine per esame e, alla successiva udienza, fa istanza per la riconvocazione del consulente per chiarimenti che, ove disposti, comportano che occorra un'udienza ulteriore (la sesta, in questo esempio) perché questa fase sia finalmente conclusa.

Intanto sono trascorsi, secondo la cadenza media delle udienze, da uno a tre anni. Non è, si badi bene, una patologia, perché è proprio ciò che, almeno fino a poco tempo fa, succedeva nei tribunali: anche se ora, per fortuna, l'art. 195, comma 3, del c.p.c. ha cercato di limitare – pur se in modi meno dettagliati del codice del processo amministrativo – le patologie del vecchio sistema.

L'art. 67 è strutturato in modo assai diverso, per assicurare la totale concentrazione processuale.

Il collegio, all'udienza – di norma quella di merito, ma potrebbe anche essere quella cautelare – dispone la C.T.U. e, nella stessa udienza, fissa termini successivi, ma prorogabili (dunque, non perentori), per il compimento delle varie attività indicate nel comma 3, lett. a), b), c), d), e).

Mentre in generale l'art. 52, comma 1, stabilisce che tutti i termini assegnati dal giudice, salvo diversa indicazione, sono perentori – così codificandosi un principio opposto a quello del codice di procedura civile, in cui il giudice può assegnare termini perentori solo se la legge espressamente a ciò lo autorizzi – nella consulenza

invece i termini sono tutti ordinatori, proprio perché non avrebbe senso considerare perentori i relativi termini: se il C.T.U. non ha finito gli accertamenti, sarebbe una presa in giro predicare la perentorietà del termine, a meno di non rinunciare al relativo esito.

Dunque, vengono fissati termini successivi e prorogabili – ma, ai sensi dell'art. 154 c.p.c., la loro proroga va sempre disposta prima che scadano, e non dopo che sono scaduti – prevedendosi in successione tutte le attività che prevedibilmente si svolgeranno, e che in passato il giudice civile spalmava in molte udienze successive; nella medesima ottica di concentrazione processuale, si è previsto che il consulente non compaia a un'apposita udienza per rendere il giuramento, bensì lo renda davanti al presidente, il quale è normalmente più presente in ufficio, sicché sostanzialmente l'ausiliario giura in Segreteria.

Poi compie le operazioni tecniche e redige infine la relazione, ma prima di depositarla deve acquisire, sul relativo schema, le osservazioni degli eventuali consulenti di parte.

È, questo, un espediente che qualche giudice civile aveva già introdotto nei propri formulari, ma che solo la recente novella al cit. art. 195, comma 3, operata dall'art. 46, comma 5, della legge 18 giugno 2009, n. 69 (la stessa legge che, all'art. 44, reca la delega per il codice del processo amministrativo), ha ora generalizzato anche nel processo civile.

L'art. 67 del Codice ha voluto disciplinare ancor più analiticamente del c.p.c. un contraddittorio interno alla stessa consulenza tecnica, tra consulenti di parte e consulente d'ufficio, di modo che il consulente d'ufficio nella relazione finale abbia già risposto alle osservazioni dei consulenti di parte; anche perché il giudice, di norma, non saprebbe cosa rispondere alle osservazioni dei consulenti di parte (quando si tratta di profili molto tecnici, il giudice talvolta non è nemmeno in grado di delibare la sostenibilità dell'assunto di parte).

Tale impianto è stato razionalizzato, così da consentire che, sin dall'udienza successiva a quella in cui sia stata disposta la consulenza tecnica, il giudice sia subito messo in grado di poter decidere la causa, giacché la consulenza è terminata e c'è già stato un contraddittorio tecnico su di essa.

Riassumendo, il principio fondamentale dell'attività istruttoria nel giudizio amministrativo è che il giudice ordina l'acquisizione di documenti quando questi non sono nella disponibilità della parte; se invece si tratta di documenti di cui la parte ha la disponibilità, ove essa non li abbia prodotti il giudice dovrebbe decidere la lite sull'onere della prova, ossia rigettare la domanda.

Questa dell'istruttoria è una materia in cui il Codice è accusato di avere innovato troppo poco, in particolare per non aver introdotto la generale previsione di un'udienza istruttoria per tutti i ricorsi.

Può dirsi che ciò sia una fortuna, perché ha salvaguardato l'effettiva rapidità di questo processo.

4. – La decisione

Veniamo all'ultimo argomento da trattare, ossia la fase decisoria (artt. da 71 a 76 e da 88 a 90).

Si è già detto che è stata codificata la non revocabilità dell'istanza di fissazione d'udienza; è, inoltre, stato abbreviato a un anno (dai due precedenti) il termine massimo per proporla (ma ciò riguarda, in pratica, solo quei casi, forse il 30 per cento circa, in cui il ricorso non è accompagnato da un'istanza cautelare; si è già visto, invece, che quando c'è una domanda cautelare, la stessa è improcedibile se non sia accompagnata dall'istanza di fissazione, sicché di fatto tutti tali ricorsi sono depositati con l'istanza di fissazione d'udienza già allegata); è stata, inoltre, codificata l'istanza di prelievo (in origine, si poteva fare un'istanza per ottenere la dichiarazione di urgenza del ricorso, la quale, ai sensi degli artt. 51, comma secondo, e 53, comma secondo, del R.D. 17 agosto 1907, n. 642, se accolta dava al ricorso priorità di fissazione: tale istanza, nella prassi, era appunto chiamata istanza di prelievo); infine, si è stabilito che il presidente, decorso il termine per la costituzione delle altre parti, fissa l'udienza di discussione del ricorso (art. 71, comma 3: in teoria, tale norma implicherebbe che la data d'udienza sia fissata subito dopo la scadenza del termine di costituzione; ma è prevedibile che la prassi, almeno inizialmente, resti quella attuale, secondo cui i ricorsi sono fissati solo qualche mese prima della data in cui si terrà l'udienza).

Vediamo, ora, quella che secondo il Codice potrebbe (o dovrebbe) essere la tempistica ottimale di definizione dei ricorsi (si ipotizza la situazione fisiologica di un tribunale senza arretrato, o anche di un tribunale con carico di lavoro arretrato, ma per ricorsi particolarmente importanti e vivi).

Rispetto all'emanazione del provvedimento impugnato, e supponendo che sia esercitata l'azione di annullamento di cui all'art. 29 (che, pur non essendo più l'unica, resta quella quantitativamente prevalente nel processo amministrativo), il ricorso va proposto entro il termine di sessanta giorni.

Nei successivi trenta giorni, ai sensi dell'art. 45, il ricorso deve essere depositato; dunque siamo a novanta giorni dal provvedimento impugnato. Entro ulteriori trenta giorni, ossia sessanta dalla notifica, scade il termine per la costituzione delle altre parti, sicché abbiamo un totale di centoventi giorni (o poco più, perché c'è anche da considerare un breve termine di qualche giorno da quando l'atto è passato per la notifica a quando esso perviene all'ultimo dei destinatari).

Decorsi quindi centoventi giorni, o poco più, dall'emanazione dell'atto per cui è causa, il presidente può fissare l'udienza di discussione (il che, in teoria, dovrebbe

significare che sia tenuto a fissarla, ma è ovvio che se ci sono troppi ricorsi si dovrà applicare un criterio selettivo, il primo dei quali è quello della presenza o meno di una o più istanze di prelievo). Dalla comunicazione alle parti del decreto di fissazione decorrono sessanta giorni prima dell'udienza, essendo previsto un termine dilatorio di almeno sessanta giorni tra la comunicazione del decreto di fissazione e il giorno dell'udienza (in precedenza erano quarantacinque); in totale sarebbero passati poco più di sei mesi.

A questo punto, c'è (ci dovrebbe essere, o almeno ci potrebbe essere) l'udienza di merito.

Se c'è stata una fase cautelare, essa avrà seguito altre vie, perché sarà stata decisa ben prima e indipendentemente dal decorso dei termini qui indicati (v. retro: circa trenta giorni dalle notifiche).

Dopo l'udienza (*rectius*: dopo la decisione della causa, che potrebbe anche non coincidere con il giorno dell'udienza; come in effetti accade allorché la camera di consiglio sia differita a una data successiva, oppure quando la causa, che necessiti di un ulteriore esame, venga nuovamente portata in camera di consiglio), ci sono quarantacinque giorni per redigere la sentenza (art. 89, comma 1).

Si badi che tale termine non è riferito alla pubblicazione (Romano Vaccarella, durante i lavori preparatori, aveva osservato che avrebbe dovuto esserlo, ma il suo rilievo non è stato accolto).

Sicché, anche alla stregua delle prassi del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, ci sono quarantacinque giorni per il relatore, ai fini del deposito della minuta; quindi, ulteriori quarantacinque per il presidente, ai fini del visto di sua competenza: sicché, in pratica, il termine è di novanta giorni, dopodiché la sentenza – disfunzioni di segreteria a parte – deve essere pubblicata.

Si potrebbe affermare, quindi, che tra i sei e i nove mesi (dall'emanazione dell'atto impugnato) si potrebbe avere la sentenza di merito di primo grado (anche al di fuori del caso di cui all'art. 60).

Il termine per l'appello è di sessanta giorni dalla notifica (o di centottanta, così ridotti dai precedenti trecentosessanta, se la sentenza non sia notificata), quindi per fare appello ci possono essere dai due ai sei mesi; poi gli stessi termini si ripetono nel giudizio di appello.

Tutto ciò, insomma, significa che il Codice è strutturato per rendere possibile la formazione del giudicato sulla questione controversa in un termine compreso tra i dodici e i ventiquattro mesi.

È ovvio che tutto il tempo che eccede i ventiquattro mesi è dovuto all'intasamento degli uffici.

Il Codice, in altri termini, sostanzialmente considera che il termine ottimale per la definizione del doppio grado del giudizio amministrativo sia dell'ordine di circa due anni; ovvero anche solo di un anno, nei casi di cui all'art. 119, in cui tutti i termini processuali sono dimezzati.

Altra importante novità, soprattutto per i magistrati, è la designazione del relatore almeno trenta giorni prima della data dell'udienza; ma non sempre tale disposizione è correttamente applicata.

È, comunque, veramente da stigmatizzare che, dopo che il fascicolo sia stato anche per anni negli archivi dell'ufficio, alla fine al relatore siano concessi solo pochi giorni per studiarne le carte.

Sarebbe assai meglio – e il Codice ha cercato di spingere in tal senso – che una maggior parte del tempo di giacenza fosse offerta al relatore per studiare con più calma il fascicolo processuale; tanto più se, come si è ipotizzato nelle norme testé esaminate in materia di istruttoria, il presidente, o un magistrato delegato, adotti su istanza di parte i provvedimenti istruttori (art. 65).

Se si vuole che il relatore sia almeno in grado di sapere in udienza se la causa vada istruita o meno, sarebbe meglio assegnargli il fascicolo con un certo anticipo; se poi si vuole anche che sottoponga a ragion veduta al collegio una proposta di decisione, è molto opportuno che gli siano dati almeno trenta giorni, e non sono neppure troppi.

Sicché sarebbe stato assai meglio se il cit. art. 65 avesse attribuito i poteri istruttori preliminari, oltre che al presidente, anziché a "un magistrato … delegato", "al relatore, una volta designato".

Si era proposto, in Commissione redigente, che il relatore fosse designato contestualmente alla fissazione dell'udienza, dunque con un anticipo di almeno sessanta giorni sull'udienza; poi, invece, l'esigenza – di cui però non si riescono a capire le ragioni – di non far designare immediatamente il relatore ha portato al compromesso finale, di trenta giorni.

Si è prevista, con l'art. 72, una corsia preferenziale per i ricorsi che sollevano un'unica questione di diritto, i quali possono essere decisi con priorità; ciò dovrebbe avere una particolare utilità per l'amministrazione, perché sono le ipotesi in cui c'è una norma nuova e, in questo modo, si può ottenere assai rapidamente il cosiddetto *leading precedent*, di primo o anche di secondo grado.

Anche l'art. 73 è molto innovativo. La produzione dei documenti viene imposta entro un termine dilatorio di quaranta giorni liberi prima dell'udienza. Sicché l'avvocato, che sessanta giorni prima riceve l'avviso di fissazione, ha poco meno di venti giorni per produrre i documenti di causa.

Da almeno sei mesi, comunque, sa che c'è la causa, di certo non lo scopre il giorno che gli perviene l'avviso di fissazione di udienza (o, almeno, non dovrebbe accorgersene quel giorno).

Dopo dieci giorni dalla produzione documentale, ossia trenta giorni liberi a ritroso dall'udienza, scade il termine per le memorie; c'è, infine, il termine per replicare, fino a venti giorni liberi prima.

Poi c'è il silenzio, uno *spatium deliberandi* fino all'udienza; in cui le difese sono soltanto orali.

Tutti i termini sono, appunto, dimezzati dall'art. 119, sicché si hanno termini dilatori di venti, quindici e dieci giorni, tutti liberi, rispettivamente per i documenti, le memorie e le repliche.

È importante evidenziare che tutti i termini a ritroso, quali sono questi – al pari di quello di due giorni liberi prima della camera di consiglio cautelare, di cui al già esaminato art. 55, comma 5 – slittano all'indietro, allorché scadano la domenica.

Dunque, se si parla di dieci giorni liberi prima dell'udienza e l'undicesimo giorno prima dell'udienza è domenica, il termine va a scadere anteriormente a tale domenica, e non già il lunedì appresso, perché il termine è a ritroso e dunque anche la sua proroga è necessariamente a ritroso.

Dovrebbe essere una cosa ovvia che la proroga di un termine non ne inverta mai il senso; ma, siccome invece in alcuni TAR la disposizione (già, invero, desumibile dall'art. 155 c.p.c.) veniva interpretata nel senso opposto (ossia che anche nei termini a ritroso la proroga facesse slittare in avanti, anziché indietro, l'ultimo giorno utile per il compimento dell'attività), si è ritenuto opportuno chiarire, nell'art. 52, comma 4, che "per termini computati a ritroso, la scadenza è anticipata al giorno antecedente non festivo" (ovviamente nei casi di cui al comma 3, cioè quando il giorno di scadenza è festivo).

Analoga disposizione non si trova, invece, nel codice di procedura civile; però la Cassazione ha ovviamente interpretato in tal senso l'art. 155 (cfr. Cass. 7 ottobre 2005, n. 19530); se il termine è a ritroso, la direzione del termine non cambia, dunque se quel giorno è festivo si continua ad andare più a ritroso e il termine viene anticipato.

Se, dunque, il decimo giorno libero prima dell'udienza, cioè l'undicesimo giorno di calendario anteriore all'udienza, è domenica, la scadenza del termine va indietro al venerdì o al sabato, e non già avanti fino al lunedì seguente: ma, ci deve chiedere, andrà a scadere il venerdì o il sabato?

Ebbene, nella redazione del Codice la surriferita specificazione, contenuta nell'art. 52, comma 4, è stata operata con l'ulteriore intendimento di modificare, sul punto, il regime dell'art. 155 c.p.c..

È per questo, in particolare, che il comma 5 dello stesso art. 52 si richiama alla sola "proroga di cui al comma 3", cioè alla proroga che si riferisce esclusivamente ai termini che scadono in un giorno festivo. *Ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, taquit*: dunque il comma 5, recante l'equiparazione, a questo solo fine, del sabato ai giorni festivi, trova applicazione ai soli termini ordinariamente calcolati, ma non anche a quelli – di cui al comma 4, che proprio a tal fine non è stato richiamato nel comma 5 – che sono, invece, calcolati a ritroso.

È, insomma, solo la proroga di cui al comma 3 – ma non anche quella di cui al comma 4 – che si applica, oltre che ai giorni festivi, anche alla giornata del sabato (che, giova ricordare, "ad ogni effetto è considerata lavorativa", ai sensi del comma quarto dell'art. 155 c.p.c.).

Se la proroga fa slittare il termine in avanti (per esempio, il termine per depositare il ricorso che è di trenta giorni dall'ultima notificazione), e se l'ultimo giorno è festivo, la sua scadenza sarà prorogata al primo giorno seguente non festivo; analogamente, se l'ultimo giorno è sabato, si va avanti e, essendo la domenica festiva, si slitta fino al lunedì successivo.

Se, viceversa, si tratta di un termine a ritroso, e il giorno di scadenza è domenica, si va indietro al sabato; ma, a questo punto, la nostra disciplina si discosta da quella del codice di procedura civile, perché non si va ulteriormente indietro fino al venerdì precedente, in quanto, volutamente, il comma 5 dell'art. 52, con specifico ed esclusivo riferimento ai termini che vanno a ritroso, ha richiamato il comma 3, che riguarda i giorni festivi, ma non anche il comma 4, che riguarda la giornata del sabato.

Sicché davanti al giudice civile – almeno secondo i suoi orientamenti prevalenti – il termine del sabato slitta, sia in avanti che indietro, come se il sabato fosse domenica.

Ai sensi dell'art. 155 del c.p.c., "la proroga prevista dal quarto comma", cioè se il giorno è festivo, "si applica altresì ai termini per il compimento degli atti processuali svolti fuori dell'udienza che scadono nella giornata del sabato", quindi in ambo i sensi, perché il c.p.c. non fa distinzione tra termini che vanno in avanti e termini che vanno a ritroso.

Invece, nel processo amministrativo, il termine che scade di sabato può slittare solo in avanti, ma non anche indietro.

Il codice del processo amministrativo, che ha ritenuto di dover precisare ai giudici che la stessa norma che fa slittare i termini in avanti si deve applicare anche ai termini computati a ritroso (ma, ovviamente, senza invertirne il senso), ha però deliberatamente voluto introdurre una differenza rispetto alla disciplina del codice di procedura civile: ossia che, per i termini che sono calcolati a ritroso, la proroga opera solo quando il giorno di scadenza sarebbe festivo, mentre al contrario la giornata del sabato resta, per tali termini, un potenziale *dies ad quem* di effettiva loro scadenza.

Prima del Codice, applicandosi il c.p.c., anche i termini a ritroso avrebbero dovuto, almeno in teoria, slittare all'indietro dalla domenica al sabato e, quindi, dal sabato al venerdì.

Sta di fatto, però, che una parte dei TAR – credendo di operare in *bonam partem*, mentre in realtà si trattava di un'esegesi in *malam partem*, perché provocava una lesione del diritto di difesa delle controparti – interpretava l'art. 155 c.p.c. nel senso che, se in ipotesi il termine è di dieci giorni a ritroso, arrivati a domenica o a sabato operavano una bella inversione per farlo scadere il lunedì successivo, anziché il venerdì precedente, come sarebbe stato doverosamente corretto.

Operando, con l'art. 52, comma 4, la correzione di tale stortura esegetica, il Codice ha ritenuto però di non esasperare fino al venerdì l'allungarsi, sempre a ritroso, del termine: e tale risultato si è realizzato, appunto, richiamando, nel comma 5, solo il comma 3, e non invece anche il comma 4.

Sta di fatto, peraltro, che tale scelta, del tutto consapevole e voluta dalla Commissione redigente, ha provocato un mezzo disastro, per quanto riguarda l'organizzazione degli uffici di segreteria, perché in questi ultimi il sabato – per motivi contrattuali e sindacali, ma non certo normativi – non è assicurata la presenza di sufficiente personale.

C'è stata almeno una riunione tra i vertici del Consiglio di Stato per dibattere questo tema e, a maggioranza (con la contrarietà, per quanto consta, dei soli presidenti Virgilio e Trotta), si è preso atto della necessità di seguire l'esegesi testuale: vale a dire che, se il termine va in avanti, il sabato è computato come se fosse un giorno festivo; soluzione opposta – sicché nella giornata del sabato ben possono scadere i termine per depositare atti del processo – ove si tratti di un termine a ritroso.

La ragione per cui il legislatore ha consapevolmente optato per l'introduzione nel Codice di una tale aporia – certamente non può dubitarsi che sia tale, sul piano sistematico, l'effetto di non aver inserito, nel comma 5 dell'art. 52, anche il richiamo del comma 4, accanto a quello del comma 3 – va individuata nel procedimento cautelare. Nel quale, come si è già detto, il deposito delle memorie e dei documenti va fatto almeno due giorni liberi prima dell'udienza, ridotti peraltro a uno nei casi di riti accelerati previsti all'art. 119.

Il ricorso, però, va trattato in camera di consiglio alla prima udienza di calendario dopo solo cinque giorni dal suo deposito. Può essere, dunque, che, quando l'udienza è il martedì, il giorno libero in cui non si può depositare è il lunedì, sicché l'ultimo giorno in cui si potrebbero effettuare i depositi, un giorno libero prima, sarebbe domenica, così che si dovrebbe andare indietro al sabato: orbene, in tal caso, se si applicasse interamente la regola fissata dall'art. 155 del c.p.c., anche il sabato non si potrebbe effettuare il deposito, la cui scadenza andrebbe indietro fino al venerdì.

Dovendosi tener conto del fatto che, come capita un certo numero di volte l'anno, quel venerdì potrebbe essere un giorno festivo (civile o religioso), si finirebbe, almeno in certi casi, con il far coincidere la scadenza del termine di deposito con il quinto giorno anteriore a quello in cui è fissata la camera di consiglio per l'esame della domanda cautelare; ma tale quinto giorno è, allo stesso tempo, potenzialmente anche il primo giorno successivo al deposito del ricorso e – in tal caso – le parti intimate vedrebbero scadere il termine per depositare i propri scritti difensivi per la fase cautelare il primo giorno successivo a quello in cui il ricorrente ha depositato il ricorso (ovviamente non sempre, ma talvolta ciò sarebbe di fatto accaduto).

In tal caso, gli intimati non avrebbero avuto alcuna possibilità di depositare tempestivamente le proprie difese, perché alla fine del sesto giorno anteriore all'udienza la parte non è neanche in grado di sapere se il ricorso sia stato depositato; infatti, se il deposito avviene alla chiusura degli uffici, le controparti non riescono ad averne alcuna conoscenza prima del giorno successivo.

Ebbene, se in quello stesso giorno (il quinto a ritroso dall'udienza) scade il termine per depositare atti e documenti difensivi, cosa potrebbero fare le parti intimate?

Forse dovrebbero presentarsi all'apertura della segreteria, per verificare se il ricorso sia stato depositato a chiusura del giorno precedente – purché lo riescano a sapere subito, se l'atto non è ancora in giro tra l'ufficio di ricezione e la segreteria – e poi, entro le ore dodici della stessa mattina (cfr., sul punto, l'art. 4 delle norme di attuazione del Codice), effettuare il deposito dei propri atti?

Chiunque si rende conto che, così strutturato, il sistema non regge o, quantomeno, non sarebbe in grado di assicurare in ogni caso l'effettività del diritto di difesa e, con essa, il giusto processo.

Proprio per evitare tutto questo, si è trovato un compromesso, molto dibattuto in Commissione, con la discutibile opzione di considerare il sabato come festivo solo quando il termine scorre in avanti, ma non anche quando è calcolato a ritroso.

Chiunque si rende conto che, dal punto di vista sistematico, si tratta di una scelta incoerente.

Nondimeno, bisogna prendere atto che detta scelta è scaturita dall'esigenza di far fronte, in qualche modo, alla ricordata specificità del rito cautelare, che avrebbe messo a rischio l'effettività del contraddittorio in tutti i casi in cui – come capita alcune volte l'anno – il venerdì precedente al martedì d'udienza sia un giorno festivo (né è inopportuno ipotizzare proprio il martedì come giorno d'udienza, a ogni operatore essendo ben noto che esso è il tipico giorno d'udienza per quasi tutte le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato).

Si è fatta questa lunga digressione sulla questione della scadenza e della proroga dei termini a ritroso rispetto all'udienza, e circa il parziale recepimento dell'art. 155 c.p.c. nel nostro Codice, perché la conoscenza dei termini effettivi entro cui vanno depositati documenti, memorie e repliche è essenziale per ogni operatore del processo; inoltre, essa è stata una delle questioni più controverse dei primi mesi di vigenza del Codice.

Tornando alla fase decisoria del processo, va particolarmente segnalato il comma 3 dell'art. 73.

Esso ha codificato la proposta esegetica di C.d.S., Ad. Plen., 24 gennaio 2000, n. 1 – peraltro non sempre puntualmente seguita dalla giurisprudenza successiva – secondo cui " *in un sistema processuale come quello vigente fondato sul principio del contraddittorio, … la rilevabilità d'ufficio di una questione da parte del giudice non significa che, per ciò stesso, tale questione possa essere decisa d'ufficio senza esser sottoposta al contraddittorio delle parti*".

La norma comporta che il giudice, ogni volta che ritenga di fondare la propria decisione sul rilievo d'ufficio di una questione, deve avvertire le parti della questione che rileva d'ufficio, allo scopo di provocare su di essa il contraddittorio e, quindi, il dibattito delle parti sul punto specifico.

Ciò, però, può e deve farsi – tutte le volte in cui sia possibile – oralmente in udienza, dandosene atto nel relativo verbale, e non già concedendo un rinvio alla parte che lo chieda, al fine di svolgere difese scritte in proposito.

Resta fermo, ovviamente, il potere del giudice di concedere il rinvio della causa su richiesta delle parti che lo richiedano; è anche vero, però, che, se una delle parti vi si opponga, il giudice non può concedere il rinvio argomentando ex art. 73, comma 3, perché tale norma impone e richiede, quale condizione necessaria e sufficiente per la corretta decisione della causa sulla base di una questione rilevata d'ufficio dal giudice, che quest'ultimo provochi su di essa il contraddittorio orale delle parti "in udienza", non essendo affatto previsto, né essendo perciò necessario, che tale contraddittorio si svolga in forma scritta; tale forma, anzi, è prevista solo subordinatamente dal secondo periodo dello stesso comma 3, per i soli casi in cui "la questione emerge dopo il passaggio in decisione" della causa, ossia in un momento in cui il contraddittorio orale non sia più possibile.

Se, dunque, il potere di concedere o meno un rinvio è sempre una facoltà discrezionale del giudice, il rinvio non è mai un diritto di alcuna delle parti, neanche allorché tutte congiuntamente lo richiedano (anche se il giudice, se c'è una richiesta totalitaria, difficilmente ha motivo di negarlo).

La fissazione di un termine per dedurre in forma scritta è imposta, e consentita, dalla norma solo ove il giudice non abbia sollevato la questione oralmente in udienza, perché se ne sia accorto a udienza terminata, dunque quando si sia già ritirato in camera di consiglio per decidere la causa.

Non c'è spazio, stante il suo preclaro tenore letterale, per diverse esegesi dell'art. 73, comma 3.

In ordine alla decisione, l'art. 75 consente che la deliberazione del collegio possa essere differita a una camera di consiglio successiva; dunque non è detto (pur essendo questa l'ipotesi normale e più diffusa) che la causa sia sempre decisa il giorno stesso in cui è stata discussa in udienza.

Se essa è particolarmente complessa, capita che ne sia differita la decisione; altre volte capita che la causa sia stata bensì decisa in quello stesso giorno, ma che poi l'estensore, redigendo la sentenza, si avveda che essa non è convincente, ossia che la decisione sia forse da rivedere.

Poiché l'art. 89, comma 2, specifica che la sentenza non può più essere modificata dopo la sua sottoscrizione, ciò significa che, anche quando la causa è stata (provvisoriamente) decisa, finché la sentenza non è redatta e sottoscritta da entrambi coloro che vi sono tenuti, cioè il presidente e l'estensore (nonché il segretario, ma con valenza meramente certificativa dell'avvenuto deposito), il collegio resta padrone di riprenderla in esame, di riportarla in una successiva camera di consiglio e anche di modificare, in tutto o in parte, il contenuto della decisione.

A ciò fanno eccezione, unicamente, i casi in cui la legge prevede che sia pubblicato il dispositivo immediatamente e separatamente.

Nei casi di pubblicazione anticipata del dispositivo il giudice può cambiare opinione, cioè può cambiare la decisione, solo finché non abbia effettivamente pubblicato il dispositivo.

Dopo di che il dispositivo separato, una volta pubblicato, prevale anche sull'eventuale *ius poenitendi* del giudice, che redigendo la motivazione cambi idea, o si accorga di aver sbagliato.

Tutto ciò, però, significa anche che il giudice deve e può pubblicare il dispositivo solo quando la legge lo preveda.

Talvolta si è detto: siccome si tratta di una cosa controversa e delicata, per non rischiare di essere accusati di aver cambiato idea, forse è meglio pubblicare subito il dispositivo, anche se la legge non lo prevederebbe; e sorge perfino il dubbio che sia stato, purtroppo, per considerazioni di tal genere che C.d.S., Ad. Plen., 24 novembre 2005, n. 10, abbia proceduto all'immediata lettura in udienza del dispositivo, asseritamente ai sensi "*delle disposizioni contenute nel quarto comma del più volte richiamato art. 83/11 del T.U. N. 570 del 1960*", nonostante che l'art. 29, comma terzo, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, richiamando per il giudizio di appello "*le norme che regolano il processo davanti al Consiglio di Stato*", "*con tutti i termini ridotti alla metà*", precludesse ogni ambito applicativo di detto art. 83/11 (analogamente oggi dispone l'art. 131, comma 2, del Codice).

Ebbene, questo tipo di opzione è processualmente del tutto scorretta.

Fuori dai casi in cui la legge lo prevede, e nei quali è dunque obbligatorio, la lettura o il deposito anticipato del dispositivo non è mai consentito, sicché è da ritenere radicalmente vietato.

Tale conclusione scaturisce, in disparte la tipicità dei provvedimenti processuali, dal rilievo che la pubblicazione del dispositivo separatamente dalla sentenza rende, in caso di contrasto tra dispositivo e motivazione, prevalente il dispositivo; laddove,

se il dispositivo non è pubblicato separatamente, ma resta una parte dello stesso documento che, con la motivazione, contiene l'intera sentenza, in caso di contrasto prevale la motivazione (*rectius*: prevale l'integrazione tra dispositivo e motivazione, che consente di ricostruire quale fosse il significato originario della statuizione).

Sicché deve considerarsi senz'altro sottratta al giudice ogni opzione procedimentale che, senza una specifica base normativa, alteri l'ordinario e corretto rapporto di integrazione tra motivazione e dispositivo, attribuendo indirettamente una valenza dirimente e prevalente al solo dispositivo.

Non può mai, insomma, essere discrezionale se pubblicare, o meno, separatamente il dispositivo: esso è obbligatorio, quando la legge lo prevede; e però è vietato, quando la legge non lo consente.

Sempre in ordine alla decisione, si segnala la notevole importanza dell'art. 76.

Il relativo comma 1 risolve la nota questione di chi debba o possa essere presente in camera di consiglio, alla quale possono presenziare tutti i magistrati che hanno assistito all'udienza, dunque anche quelli che non fanno parte del collegio che è chiamato a decidere una singola causa.

Invece non può presenziare in camera di consiglio il segretario, come pure talora di fatto accade.

È noto che ad ogni udienza possono essere chiamati a partecipare magistrati in numero superiore a quello minimo previsto per la rituale composizione del collegio.

Nondimeno, ai sensi del comma 2, per ciascuna causa la decisione è assunta con il voto dei soli componenti del collegio; ciò significa che gli altri possono essere presenti, ma non possono votare e, dunque, non possono neanche interloquire, salvo che apportino contributi meramente dottrinali.

I magistrati in camera di consiglio sono collegati alle banche dati della giustizia amministrativa, a Italgiureweb, etc., sicché possono fare ricerche giurisprudenziali, e quant'altro; analogamente, non si vede perché non si dovrebbe ritenere consentito chiedere al collega, che pur non faccia parte del collegio, un contributo meramente conoscitivo per l'approfondimento delle questioni trattate.

In ogni caso, l'assetto risultante dall'art. 76, commi 1 e 2, è il medesimo che scaturisce dal combinato disposto degli artt. 276, comma primo, c.p.c., e 114, comma quarto, disp. att. c.p.c.; sicché la stessa disciplina ora codificata doveva ritenersi già vigente anche anteriormente al Codice, in ragione dell'applicabilità al processo amministrativo delle citate disposizioni processualcivilistiche.

Altrettanto è a dirsi per stabilire la corretta composizione del collegio.

Quest'ultimo è un profilo importantissimo, disciplinato finalmente in modo espresso dall'art. 76, comma 4, del Codice, mediante il richiamo del cit. art. 114, comma quarto, disp. att. c.p.c.; che era, ovviamente, applicabile al processo amministrativo anche prima del Codice, sebbene non se ne fosse accorto quasi nessuno, tra i giudici di primo grado (che, invece, erano soliti fissare modalità alternative di composizione dei singoli collegi, palesemente *contra legem*).

Dispone, dunque, il IV comma dell'art. 114 disp. att. c.p.c. che "se all'udienza sono chiamati giudici in numero superiore a quello stabilito, il collegio per ciascuna causa è formato dal presidente, dal relatore e dal giudice più anziano".

Se, dunque, in un TAR ci sono cinque magistrati presenti in udienza, per ciascuna causa il collegio è formato dal presidente, dal relatore della singola causa e, per tutte le cause, dal più anziano degli altri tre.

Si è accennato che in molti TAR era in vigore la prassi, che si è cercato di sradicare con la norma in esame, di stabilire, per esempio, che per le cause aventi un numero pari di ruolo generale il collegio fosse formato dal presidente, dal relatore e dal giudice Tizio, nonché, per quelle aventi numero dispari, dal presidente, dal relatore e dal giudice Caio, ebbene è certo che ormai tali prassi non sono più consentite dal Codice.

Se esse si perpetuassero – come in qualche caso parrebbe essere avvenuto, forse perché non ci si è ancora accorti del richiamo al cit. art. 104, IV comma, disp. att. c.p.c.; e con l'auspicio, dunque, che prima o poi ci sia una rimeditazione – si sarebbe di fronte a un vizio di composizione del collegio giudicante che, se dedotto come motivo di appello, dovrebbe dar luogo a declaratoria di nullità della sentenza, con conseguente rinvio al primo giudice ai sensi dell'art. 105, comma 1.

Sebbene non consti che questo vizio sia stato mai dedotto in passato – non tanto perché nessuno se ne sia mai accorto, bensì forse perché mancava una norma espressa (che ora invece c'è) e, soprattutto, perché i difensori cercano di non porsi in diretto contrasto con i presidenti dei tribunali (dovrebbe essere, però, un po' diverso per l'Avvocatura dello Stato) – non può escludersi che esso possa anche integrare una questione di giurisdizione, ove intesa come difetto di *potestas iudicandi* di un collegio costituito difformemente dalla previsione di legge.

Il Codice richiama anche l'art. 118, IV, disp. att. c.p.c., esplicitando così che la designazione dell'estensore della sentenza – di norma effettuata in persona del relatore della stessa causa – debba comunque essere fatta dal presidente nell'ambito dei componenti del collegio che abbiano espresso voto conforme alla decisione assunta.

In pratica, ciò significa che se il relatore è stato messo in minoranza, o si convince della plausibilità della decisione assunta e viene incaricato di scriverne la motivazione, ovvero, se non se ne convince, non può in alcun modo essere obbligato a scrivere una motivazione contraria alla propria opinione (altra cosa, quest'ultima, che in passato talvolta accadeva).

Va pure segnalato il comma 3 dell'art. 79, che ha codificato l'appellabilità delle ordinanze che sospendono il giudizio per pregiudizialità, ai sensi dell'art. 295.

Tale esigenza nasce dal fatto che, altrimenti, l'ordinanza di sospensione potrebbe dar luogo a uno stallo *sine die* del processo, su cui nessuno avrebbe potuto interloquire.

La norma, però, deriva soprattutto dall'orientamento del giudice ordinario che ammetteva l'impugnazione del provvedimento di sospensione del processo civile mediante uno specifico rimedio, che davanti al giudice ordinario è il regolamento di competenza (tale orientamento, con la riforma di cui alla legge 26 novembre 1990, n. 353, è stato infine codificato nell'art. 42 del c.p.c.).

Nel processo amministrativo, siccome il regolamento di competenza è strutturato diversamente e non è un'impugnazione – o, quantomeno, non necessariamente lo è – si è prevista semplicemente l'appellabilità delle ordinanze che sospendono il giudizio, ma l'esigenza di sindacare in qualche sede tale scelta del giudice di primo grado imponeva necessariamente uno sbocco impugnatorio.

Vanno segnalati anche gli artt. 82 e 84.

Dopo cinque anni dal deposito del ricorso va presentata di nuovo l'istanza di fissazione.

La norma opera, in realtà, a regime; sicché potrebbe ritenersi che vada ripresentata "ogni" cinque anni una nuova istanza di fissazione, altrimenti la causa andrebbe in perenzione.

In via transitoria, invece, l'art. 1 delle norme transitorie (allegato 3 al Codice) prevede che alla data di entrata in vigore del Codice, in tutti i ricorsi pendenti a tale data da più di cinque anni, vada depositata – eccezionalmente e *una tantum* – una nuova istanza di fissazione d'udienza, sottoscritta anche dalla parte, sostanzialmente volta a verificare che persista interesse al ricorso.

È, quest'ultimo, uno strumento *deflattivo* molto criticato dagli avvocati, che non sembra però lesivo del diritto di difesa, posto che la parte (contrariamente a quanto potrebbe sembrare dalla lettura del solo comma 1) è realmente tenuta ad attivarsi solo dopo la sollecitazione della segreteria del giudice procedente; ciò si ricava dal comma 2, che riconnette l'effettiva e definitiva estinzione della causa non già alla scadenza del termine di cui al comma 1, bensì alla perdurante inerzia dopo la ricezione del decreto presidenziale che, di fatto, si limitava a ipotizzare la perenzione del ricorso.

Sicché, in ultima analisi, il difensore non è stato onerato d'una ricognizione d'ufficio di tutte le cause pendenti. Sembra, peraltro, che anche il giudice ordinario stia valutando di introdurre, tra le misure deflattive del contenzioso civile pendente, una norma analoga a questa, per sfoltire almeno in parte i ruoli, soprattutto quelli della Cassazione e delle corti di appello.

Quanto alle spese del giudizio, il Codice ha cercato in tutti i modi di imporre al giudice di non compensarle, condannando invece in ogni caso il soccombente alle spese.

Non è affatto detto che ciò sia un danno per la pubblica amministrazione, stante che questa davanti al giudice amministrativo statisticamente vince un numero di cause superiore alla metà.

Infine si segnala che nei procedimenti in camera di consiglio tutti i termini sono ridotti alla metà.

5. – Le azioni esperibili

Pur trattandosi di materia estranea al libro II del Codice, cui è dedicato il presente intervento, in esito all'esame della fase decisoria del processo può innestarsi un rapido – e perciò necessariamente superficiale – *flashback* sull'oggetto su cui il giudice amministrativo può esser chiamato a decidere.

Sicché, per concludere, si farà un salto indietro nel Libro I, onde accennare alle azioni esperibili.

In fondo, questo argomento in qualche senso si correla con il tema della decisione, giacché nel merito la decisione è funzione dell'azione che sia stata esperita (articoli 29, 30, 31 e, in parte, 34).

Si tratta di poche norme, che però hanno costituito uno degli ambiti più controversi di questa codificazione processuale amministrativa.

Storicamente, il processo amministrativo è nato (nel 1890) come processo di annullamento; dunque esisteva in origine solo l'azione di annullamento, di cui all'art. 29.

Successivamente, la giurisprudenza ha pretoriamente enucleato una serie di altri possibili oggetti del giudizio amministrativo, ma la domanda di annullamento è ancora statisticamente prevalente.

Per l'azione di annullamento, l'art. 29 ribadisce i tre classici vizi di legittimità (violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere), nonché il termine di decadenza di sessanta giorni.

Il Codice prevede, altresì, tre ulteriori azioni: l'azione di condanna, di cui all'art. 30; l'azione avverso il silenzio (che è sostanzialmente un'azione di accertamento limitatamente all'illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione) e l'azione di nullità (che è, parimenti, un'azione di accertamento, limitata però al caso di provvedimento nullo), entrambe disciplinate, ma separatamente, dall'art. 31.

Le principali critiche che sono state rivolte al Codice riguardano l'essersi cancellata, rispetto alla sua prima stesura operata dal Consiglio di Stato, l'azione di adempimento (volta a costringere l'amministrazione all'emanazione di un provvedimento avente un determinato contenuto), nonché l'azione di accertamento (al di fuori dai casi tipici del silenzio e della nullità, di cui all'art. 31).

Della nullità ci si può limitare a dire molto poco: la riforma operata con la legge 11 febbraio 2005, n. 15, di novella della legge 7 agosto 1990, n. 241, ha ivi introdotto l'art. 21-*septies*, che tratta della nullità del provvedimento (forse non troppo provvidamente, dato che nel diritto amministrativo non è che si avvertisse una precipua esigenza di disciplina della nullità degli atti: *quae nullum est, nullum producit effectum*, ciò che è nullo non ha effetto, ma non serviva dirlo, derivando come corollario dalla teoria generale).

Viceversa, disciplinare il regime dell'atto nullo ha creato, automaticamente, il problema del *discrimen* tra l'atto nullo e l'atto inesistente; e, siccome l'atto inesistente continua a essere lo stesso atto nullo di prima, la principale critica che può farsi è che, ridotta a un termine di centottanta giorni l'azione di accertamento della nullità – che dovrebbe invece essere, secondo la teoria generale, imprescrittibile – quest'ultima è diventata una sorta di super-annullabilità.

Tale critica è probabilmente fondata; forse, però, sarebbe ancor più fondata ove rivolta al legislatore del 2005, che ha voluto introdurre questa categoria, di cui non erano in molti ad avvertire un particolare bisogno nell'ambito della disciplina del procedimento amministrativo.

Il compromesso realizzato dall'art. 31, comma 4 è stato, forse, un po' forzoso; si è fissato un termine di centottanta giorni per la proposizione dell'azione di accertamento della nullità dell'atto, lasciando però perpetua la corrispondente eccezione di nullità, nonché la sua rilevabilità d'ufficio.

In qualche senso, si è pensato di poter mutuare, sul punto, il principio fissato nell'art. 1442, IV comma, del codice civile, per l'azione di annullamento (secondo cui *quae temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum*).

Non è parso, cioè, fuori sistema stabilire che, in via di azione, qualcosa possa essere richiesto solo entro un certo termine; e che, invece, in via di eccezione la stessa cosa possa dedursi *sine die*.

Si è così recuperata, in pratica, una parte dell'imprescrittibilità della nullità; il fatto è, però, che non si tratta più di una vera e propria nullità, bensì di una sorta di super-annullabilità, e su ciò la dottrina sembra proprio aver ragione.

Non è stata invece disciplinata un'azione generale di accertamento mero.

In effetti, di tale azione si parla, soprattutto, con riferimento ai casi di attività privata sorretta da D.I.A. (dichiarazione, o denuncia, di inizio attività, secondo i diversi ambiti) in cui non c'è (più) un provvedimento amministrativo sottostante, ma si vorrebbe consentire ai controinteressati di fare in qualche modo accertare se l'attività che sia stata svolta rientri, o meno, in quella liberalizzata.

Sorge, però, il dubbio che la ricerca, in questi settori, di ambiti in cui consentire, sempre e comunque, la cognizione del giudice amministrativo possa celare un retropensiero di conservazione della materia sotto il controllo amministrativo; se la D.I.A., e oggi ancor di più la S.C.I.A., non danno luogo alla formazione di provvedimenti taciti o impliciti, bensì corrispondono ad attività private sottratte al controllo dell'amministrazione e che tuttavia devono essere a questa comunicate per mere

finalità di verifica dell'ambito in cui il soggetto privato si sia mosso (cioè, in altri termini, per consentire di vagliare se tale ambito non ecceda quello che sia stato effettivamente liberalizzato), verrebbe spontaneo chiedersi se sia davvero necessario che di esse, o anche della mera dedotta assenza dei relativi presupposti, debba poter conoscere il giudice amministrativo.

Il quale, così come non può conoscere di un'attività totalmente abusiva (se non che in relazione all'inerzia serbata dall'amministrazione sulle istanze di repressione di tale attività formulate dai controinteressati; ma è una cosa ben diversa), analogamente dovrebbe restar fuori (salvo che non sia chiamato ad occuparsi della corrispondente inerzia, che sarebbe però sempre impugnabile in base all'art. 31) da ogni rapporto giuridico in relazione al quale l'amministrazione (a ragione o a torto) non sia stata richiesta dell'emanazione di provvedimenti amministrativi, né comunque ne abbia emanati.

Si tratta, invero, di questione su cui potrebbe non esservi ancora un'esaustiva elaborazione, la quale, recentemente rimessa all'esame dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, rischia però di essere decisa erroneamente.

Piuttosto, va detto che, in generale, la scelta del Codice in tutti questi ambiti è stata, in pratica, quella di non introdurre azioni di cui fosse, in qualche senso, controversa l'esistenza o il significato.

Il Codice, in ordine alle azioni, ha dunque cercato di limitarsi a fotografare la realtà.

Non ha precluso l'ulteriore evoluzione giurisprudenziale, in cui cominciavano ad affacciarsi le azioni di accertamento e le azioni di adempimento, però ha evitato di codificarle per non costituire, esso Codice, uno stimolo allo sviluppo in un senso o nell'altro della giurisprudenza in materia.

Con riguardo all'azione di adempimento, ad esempio, si può rilevare che l'ordinamento – allo stato attuale di sviluppo del processo amministrativo – sicuramente conosce l'adempimento come corollario del c.d. effetto conformativo della sentenza di annullamento.

Quest'ultima, all'esito della cognizione di determinati motivi di ricorso afferenti al merito della pretesa fatta valere in giudizio, vincola sostanzialmente l'ulteriore attività amministrativa a un certo contenuto, che magari può anche implicare l'obbligo di rilasciare un determinato provvedimento.

Si tratta, comunque, di un mero corollario del contenuto oggettivo del giudicato formatosi in esito all'azione di annullamento.

Dall'annullamento di un diniego di rilascio di un provvedimento favorevole, si pensi a un titolo edilizio, può in effetti derivare – ma solo ove i motivi di ricorso abbiano spinto la cognizione del giudice fino al fondamento della pretesa, perché il ricorso era strutturato in quel certo modo, e perché il diniego aveva quelle altre caratteristiche – un c.d. effetto conformativo della sentenza che, in sede di ottemperanza, dia addirittura luogo all'emanazione del provvedimento ampliativo da parte del giudice, o comunque del suo ausiliario (commissario *ad acta*).

Non è sembrato opportuno, tuttavia, trarne il corollario della necessità di codificare un'azione autonoma di adempimento, anche per evitare – come si è temuto nelle competenti sedi di gestione della politica economica nazionale – che le amministrazioni pubbliche non riuscissero più a gestire al meglio il proprio c.d. *core business*, perché tenute costantemente per la giacca e forzate a emanare specifici provvedimenti in singoli casi dal giudice amministrativo.

È stata forse una preoccupazione eccessiva, stante che si può arrivare allo stesso risultato in sede di ottemperanza, in base al c.d. effetto conformativo; né si può negare che un codice che avesse espressamente disciplinato anche l'azione di adempimento sarebbe apparso più completo.

Però è un fatto che la scelta sia stata invece quella di non forzare in alcun modo (ma, tuttavia, neanche precludendolo) lo sviluppo giurisprudenziale che era in atto, sia in materia di azione di adempimento, che in tema di azione di accertamento.

L'azione di adempimento, che sarebbe volta a ordinare l'adozione di un certo provvedimento, si è visto poter derivare anche oggi, come già prima derivava, dall'effetto conformativo della sentenza di annullamento; ebbene, tale azione, oggi, sembra possa considerarsi insita nell'art. 30, dato che esso, nel disciplinare l'azione di condanna, non considera solo quella pecuniaria ma, come emerge dal confronto con l'art. 34, comma 1, lettera c), vi include anche la condanna "all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio".

Sicché la norma ben può essere riferita anche alla condanna a emanare un certo provvedimento.

Forse questa "è" l'azione di adempimento, disciplinata dal combinato disposto degli artt. 30 e 34; sicuramente, comunque, questa "può essere" l'azione di adempimento se, in concreto, l'effetto conformativo della decisione vincoli l'ulteriore esercizio dell'attività amministrativa nell'*an*, nel *quid* e nel *quomodo,* in modo tale da rendere necessaria, per una corretta ottemperanza della decisione, l'emanazione di un provvedimento di quello specifico contenuto. È una mera eventualità.

Va rilevato che l'art. 30, al comma 3, risolve o cerca di risolvere – si dovrebbe pensare che lo risolva, salvo a verificare quale sia sul punto l'avviso della Cassazione – la nota questione della c.d. pregiudiziale amministrativa.

In materia di risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo – che, si badi bene, non è un diritto soggettivo al risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo, bensì uno strumento di ulteriore tutela dell'interesse legittimo, insieme

all'annullamento dell'atto lesivo – è stato previsto un termine di decadenza di centoventi giorni.

C'è stato chi ha cercato di farne una questione di principio, per non far coincidere il termine con quello per la proposizione del ricorso straordinario; ma questa è stata la scelta finale del legislatore.

Si sta trattando, ovviamente, del solo danno da lesione di interesse legittimo, perché se la domanda attiene a diritti soggettivi (in ambiti di giurisdizione esclusiva) non si dubita che il ricorso possa proporsi nel termine di prescrizione, di cinque o dieci anni secondo che si tratti di responsabilità extracontrattuale o contrattuale; in proposito, dunque, nulla è stato innovato.

Ebbene, la domanda di risarcimento del danno per lesione di interesse legittimo si può proporre anche in via autonoma, come dice chiaramente il comma 1, rispetto alla domanda di annullamento.

Infatti, "l'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione", e dunque come complemento dell'azione di annullamento; "o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva [cioè a tutela di diritti soggettivi] e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma".

Ne deriva che, nei casi di cui al comma 3, l'azione di condanna può proporsi, in via autonoma e sganciata rispetto alla domanda di annullamento, anche a tutela risarcitoria dell'interesse legittimo.

È conseguenza innegabile di ciò che la c.d. pregiudiziale amministrativa, almeno sul piano dogmatico, fondamentalmente non esiste più.

Però, se oggi per legge la pregiudiziale non è più causa di inammissibilità del ricorso di chi chieda i danni senza aver prima richiesto l'annullamento dell'atto lesivo, dal punto di vista sostanziale ed ai fini della fondatezza del ricorso (cioè in relazione della sua concreta accoglibilità), il Codice, nel secondo periodo del comma 3, specifica che – pur non essendo l'impugnazione dell'atto lesivo condizione di ammissibilità della domanda di risarcimento per la lesione dell'interesse legittimo – la domanda di risarcimento non può però essere accolta – giacché "il giudice esclude il risarcimento dei danni" – con riferimento a tutti quei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza.

Fino a qui, tale formulazione è la stessa dell'art. 1227 del codice civile, per il quale non è dovuto il risarcimento di quei danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

La norma, però, specifica ulteriormente quale sia il contenuto dell'ordinaria diligenza richiesta a questi fini (andando, sul punto, un po' oltre l'art. 1227 del codice civile): nell'ordinaria diligenza rientra anche "l'esperimento degli strumenti di tutela previsti", ovviamente nei termini di legge.

Quest'ultima specificazione ("nei termini previsti dalla legge") era presente in una precedente versione della bozza del Codice, ma alla fine è stata tolta: sia perché in effetti non necessaria, sia anche per non esacerbare uno dei passaggi più tormentati e controversi dell'intera codificazione.

L'ipotesi concreta, ovviamente, è che ci sia stato un provvedimento che ha provocato un danno; se fosse stato impugnato, il danno sarebbe stato evitato; ma non è stato impugnato, e l'interessato si limita a chiedere i danni. In tal caso, la domanda risarcitoria autonoma è senz'altro ammissibile, ma andrà respinta nel merito per la stessa ragione per cui il giudice civile la respinge quando applica l'art. 1227, ossia perché non è stata usata l'ordinaria diligenza per ridurre il danno o per evitarlo.

Nel diritto civile si parla di obblighi di protezione, gravanti sul creditore a tutela del debitore.

Si è soltanto specificato, in aggiunta, che, in questa materia, l'obbligo di diligenza gravante sul creditore gli impone anche di azionare gli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento.

Questa non è però una pregiudiziale – mascherata sempre e comunque da rigetto della domanda, anziché vestita dei panni della sua inammissibilità – perché, in tutti i casi nei quali l'impugnazione non sarebbe comunque stata in grado di evitare la verificazione del danno, l'impugnazione non è affatto necessaria, neanche ai fini dell'accoglimento nel merito della domanda risarcitoria.

Si pensi, ad esempio, a tutti i casi in cui il provvedimento amministrativo è posto in esecuzione contestualmente o immediatamente dopo la sua notificazione; come nel caso di ordine di demolizione di un edificio pericolante, notificato ed eseguito *ad oras,* o comunque entro pochi giorni, o entro un termine non superiore a quello per proporre ricorso e per poter ottenere anche una misura cautelare; oppure, si pensi all'ordine di chiusura dell'esercizio commerciale per la giornata di domenica – molti esercizi adesso restano aperti la domenica – notificato il giorno prima o due giorni prima. In questi casi, quand'anche avesse fatto ricorso, la parte in concreto non sarebbe stata in grado di evitare il pregiudizio, dunque in tutti questi casi la mancata impugnazione dell'atto non può comportare il rigetto della domanda.

Se, invece, l'impugnazione che fosse stata diligentemente proposta avrebbe potuto evitare il danno, la domanda sarebbe bensì ammissibile, ma infondata, perché il creditore danneggiato non si è attivato a protezione nell'interesse del debitore (cioè dell'amministrazione danneggiante).

È difficile, peraltro, capire tutto il caos che si sta agitando, da qualche anno, sulla pregiudiziale.

Fra l'altro, non si riesce a comprendere per quale motivo, in materia condominiale, se non sia stata impugnata la delibera assembleare lesiva, il giudice civile neghi

senz'altro il risarcimento del danno (salvo che non si tratti di delibera nulla; ma non è ovviamente quello il caso paragonabile al provvedimento lesivo illegittimo e, come tale, meramente annullabile, e però interinalmente efficace); e, viceversa, se non sia stato impugnato il provvedimento illegittimo, si arriva quasi a sostenere che sia eversivo ogni orientamento giurisprudenziale che neghi il risarcimento del danno (il che parrebbe postulare che i provvedimenti dell'amministrazione abbiano, nel sistema giuridico nazionale, una valenza dogmatica minore di quella delle delibere condominiali).

Ciò è davvero difficile da comprendere, se non che considerandola un'infatuazione concettuale.

Merita una segnalazione anche il comma 4 dell'art. 30, sul danno da ritardo: ivi, con una scelta oggettivamente compromissoria, il legislatore ha stabilito, da un lato, che l'azione di danno da ritardo vada proposta entro il termine di cui al comma 3, ossia entro centottanta giorni, ma dall'altro che il termine non decorre finché perdura l'inadempimento; nondimeno, se l'inadempimento si protragga per oltre un anno, l'azione di danno da ritardo va comunque proposta entro il termine di cui al comma 3, decorrente dalla scadenza di detto anno.

Non c'è dubbio che si sia trattato di una scelta compromissoria, perché nei fatti è come se fosse stato fissato un termine massimo di un anno e centoventi giorni; essa trova però la sua ragione nell'esigenza di assicurare un minimo di certezza, a fronte di inadempimenti che potrebbero durare per un tempo eccessivamente lungo; anche perché, nonostante le contestazioni della dottrina, anche in tema di impugnazione del silenzio l'art. 31, comma 2, prevede che l'azione possa essere esperita fintanto che perdura il silenzio inadempimento e, comunque, non oltre un anno dal termine entro cui avrebbe dovuto concludersi il procedimento.

Si può obiettare che, in quel caso, l'istanza sia riproponibile, diversamente che per il danno da ritardo già verificatosi; ma, in realtà, anche in caso di silenzio l'istanza è riproponibile solo se non sia mutata la situazione di fatto e di diritto, ossia a normativa vigente e situazione attuale; se invece è cambiata la situazione di fatto o di diritto, l'istanza potrebbe aver perso ogni suo fondamento.

Se vi è stata, nell'art. 30, comma 4, una forzatura tesa a dare certezza al risarcimento del danno da ritardo, essa non pare però andare al di là di quella, pacificamente accettata in dottrina in materia di silenzio, di cui all'art. 31, comma 2 del Codice, che poi riprende l'art. 2 della legge n. 241/90.

Ricapitolando, e in estrema sintesi: c'è l'azione di annullamento; c'è l'azione di condanna (che, in qualche modo, così com'era anche prima, continua a ingloba-

re anche l'azione di adempimento, quanto meno se considerata come corollario dell'effetto conformativo del giudicato, azionabile in sede di ottemperanza); non c'è, invece, un'azione di adempimento espressamente disciplinata; c'è, nell'ambito delle azioni di accertamento, una disciplina espressa solo per quelle relative al silenzio e alla nullità.

Del resto, rispetto all'introduzione di un'azione generale di mero accertamento, forse non era sufficientemente matura la stessa evoluzione pretoria della giurisprudenza; che peraltro, come pure si è accennato, neppure sembra atteggiarsi, allo stato, in modo pienamente convincente.

Le grandi questioni su cui il Codice è più criticato sono proprio queste: non avere introdotto l'azione di adempimento, non aver introdotto l'azione generale di accertamento mero, e l'aver seguito una soluzione di compromesso sulla c.d. pregiudiziale amministrativa che è considerata troppo conservativa, o conservatrice, da parte di chi invece avrebbe voluto un superamento totale dell'impugnazione come presupposto pratico per ottenere il risarcimento.

Chi sostiene questo, però, avrebbe l'onere di spiegare perché, invece, la stessa Cassazione neghi il risarcimento in materia condominiale, se la delibera assembleare illegittima e produttiva del danno non sia stata impugnata nel termine di trenta giorni (e, analogamente, in materia societaria non concede il risarcimento se la delibera lesiva non sia stata tempestivamente impugnata); sicché non si riesce a comprendere su che basi si possa sostenere che, in materia amministrativa, il danno vada sempre risarcito anche a favore di chi, potendo impugnare l'atto lesivo, non l'abbia fatto.

Ancor meno è dato comprendere – se non ipotizzando un abuso nell'esercizio della funzione regolatrice della giurisdizione – come si possa sostenere che il controllo della Corte di cassazione sulla giurisdizione del giudice amministrativo si estenda anche alla verifica delle modalità di esercizio di detta giurisdizione; il che non solo non è vero, perché il confine di giurisdizione è un confine esterno, ma non è vero altresì perché l'art. 4 delle norme di coordinamento e abrogazioni (allegato 4 del Codice), che reca l'elenco delle norme abrogate, stabilisce tra l'altro (al comma 1, n. 4) che: "A decorrere dall'entrata in vigore del presente decreto legislativo, sono o restano abrogati i seguenti atti normativi: … 4) regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054: articoli da 1 a 4 compresi; da 6 a 10 compresi; da 26 e 32 compresi; 33, secondo comma; da 34 a 47; da 49 a 56 compresi".

Non è abrogato l'art. 48, che dunque è stato confermato come vigente dal legislatore del 2010 – che lo ha anzi consapevolmente escluso dalla lista delle disposizioni abrogate, avendo all'uopo interrotto la sequenza degli articoli da 34 a 56 – né sarebbe sostenibile che esso fosse già stato tacitamente abrogato anteriormente perché, non avendolo inserito tra le norme che "sono o restano abrogate", il legislatore del 2010 ha palesemente dimostrato – con la stessa valenza, si potrebbe dire, di un'interpretazione autentica – di considerarlo pienamente vigente.

Orbene, tale art. 48 specifica esattamente che il sindacato della Cassazione sul limite esterno della giurisdizione può riguardare, appunto, solo il confine esterno di

essa, ma non può occuparsi delle modalità di esercizio di tale giurisdizione, giacché altrimenti non sarebbe un sindacato *finium regundorum*, ossia teso a regolare il confine tra l'ambito della giurisdizione amministrativa e quello della giurisdizione ordinaria, ma darebbe luogo a un controllo della Cassazione sul contenuto di merito delle sentenze amministrative, ai sensi dell'art. 360, n. 3), c.p.c.; se non fosse però che detto art. 360, n. 3), c.p.c. può riguardare soltanto le sentenze del giudice ordinario, mentre è vietato, per le sentenze del giudice amministrativo e contabile, dall'art. 111, ultimo comma, della Costituzione.

Sicché ogni diversa affermazione non potrebbe che integrare un cortocircuito nei rapporti tra le giurisdizioni, incidente altresì nell'ambito delle rispettive attribuzioni costituzionalmente garantite.

Le impugnazioni e l'esecuzione delle decisioni

CAPITOLO
TERZO

Le impugnazioni e l'esecuzione delle decisioni

Trascrizione della lezione tenutasi il 13 dicembre 2010 presso la Sala polifunzionale della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in materia di decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104

Intervento dell'Avv. Gabriella PALMIERI

Ringrazio il consigliere De Francisco e il consigliere Piccirilli per avermi invitata a fare questa breve conversazione. Non oso parlare di esposizione dal momento che cercherò di essere molto sintetica, toccando solo quei punti che reputo essere di interesse considerato anche il vostro lavoro e il vostro impegno professionale. Cercherò, pertanto, di non essere tanto astratta e di parlare della fase dottrinale e giurisprudenziale che è sottesa al Codice, e cercherò anche di illustrarne le applicazioni pratiche e concrete che ci interessano come operatori del diritto, e alle quali si applicano le nuove disposizioni del Codice amministrativo.

L'argomento che mi è stato assegnato è quello generale delle impugnazioni, quindi comincerò con un'introduzione che le riconduca nell'ambito dei concetti generali che informano il nuovo Codice amministrativo. Successivamente, con una breve disamina affronterò i mezzi di impugnazione individuati dal Codice amministrativo.

Naturalmente interagirò con il consigliere De Francisco, nel senso che se riterrà di dovermi interrompere o aggiungere qualcosa, oppure sarà di contrario avviso a ciò che dirò, questo contribuirà a rendere l'esposizione un po' più vivace e a coinvolgere anche i presenti, ovviamente, attraverso domande che mi aspetto di ricevere e alle quali sarò felice di rispondere, se ne sarò in grado.

Per iniziare a trattare il problema delle impugnazioni dobbiamo innanzitutto ricordare che, come già hanno esposto i relatori che mi hanno preceduta, nella Gazzetta Ufficiale del luglio 2010, numero 156, è stato pubblicato il decreto legislativo n. 104/10 di attuazione dell'articolo 44 della legge n. 69/09, recante la delega al Governo per il riordino del processo amministrativo.

Finalmente, quindi, il nostro ordinamento si è dotato di un Codice amministrativo, che si affianca ai quattro codici vigenti – i codici civile e di procedura civile, penale e di procedura penale – sottolineando quindi proprio la perfetta assimilazione della giurisdizione amministrativa alle altre giurisdizioni previste dal nostro ordinamento.

Apro una breve parentesi: quanto detto sembra quasi un dato di fatto scontato; tuttavia, come sapete, una dottrina risalente dubitava della terzietà del giudice am-

ministrativo; era stato addirittura posto in dubbio che avesse i connotati dell'indipendenza tipici del giudice ordinario. Pertanto, aver individuato una sistemazione organica e ordinata della disciplina del processo amministrativo ha non solo un significato pratico e concreto che consente all'operatore di confrontarsi con le norme organizzate e sistemate in un corpo unico, ma ha anche il significato di dare atto di un riconoscimento di piena equiparazione della giurisdizione amministrativa alle altre giurisdizioni, quindi un significato di riconoscimento della piena terzietà e indipendenza del giudice.

Questo progetto, poi sfociato nell'adozione del Codice amministrativo, ha una doppia valenza pratica e concettuale-ideologica.

Il decreto legislativo si compone di due articoli e ha quattro allegati. Per quello che ci riguarda, va ricordato che è entrato in vigore il 16 settembre 2010 e questo all'inizio ha posto qualche delicato problema di diritto intertemporale, perché si sono poste alcune problematiche sull'applicazione delle previsioni del Codice che, sia per quanto riguarda il giudizio di primo grado che per il giudizio di appello, ha modificato alcuni termini a proposito dei quali bisognava chiarire se si applicassero immediatamente a giudizi ancora pendenti, oppure se dovessero applicarsi soltanto a quei giudizi introdotti dopo la sua entrata in vigore.

Diciamo che su alcune norme di particolare impatto del processo è il Codice ad aver addirittura previsto un'applicazione successiva; ad esempio, l'articolo 3 dell'allegato 3 prevede che la disposizione riguardante le modalità con le quali si devono riproporre le eccezioni e le domande dichiarate assorbite di primo grado si applica soltanto agli appelli che saranno depositati dopo l'entrata in vigore del Codice. Si tratta di un principio di carattere generale, in tema di successione delle leggi nel tempo per quanto riguarda le leggi processuali; il Codice, invece, a fini di chiarezza ha proprio previsto espressamente che questa norma, la quale ha un particolare significato decadenziale, si applichi soltanto ai giudizi introdotti successivamente.

L'art. 3 è chiaramente ispirato da una logica di applicazione pratica, perché per gli appelli proposti prima dell'entrata in vigore del Codice vigevano, ovviamente, norme e prassi diverse che consentivano di discostarsi da questo limite temporale. L'applicazione immediata della nuova norma avrebbe avuto l'effetto di farli dichiarare inammissibili, sulla base di una disposizione sopravvenuta, perciò, non conosciuta al momento dell'entrata della proposizione del ricorso stesso.

Peraltro, va ricordato che, con una comunicazione in data 27 settembre 2010, il Presidente del Consiglio di Stato si è dato carico di fornire una possibile interpretazione, in base alla quale ha ritenuto che la disciplina del Codice si possa applicare

con riferimento al deposito dei documenti e delle memorie – voi sapete che i termini sono stati allungati, poi li vedremo nello specifico – e che sia consentita la possibilità della memoria di replica, figura che al nostro Codice non era nota, ma che, in realtà, è mutuata dal diritto dell'Unione Europea, laddove alle parti si consente una replica e una controreplica.

Di conseguenza, la scansione procedimentale si è arricchita di questa nuova possibilità, per cui i termini si sono allungati e non sono più di 30, ma di 40 giorni. Con quella nota il Presidente del Consiglio di Stato ha suggerito la possibile interpretazione di ritenere immediatamente applicabili le norme del nuovo Codice quando la distanza tra la fissazione dell'udienza e l'udienza stessa consente alle parti di utilizzare il cosiddetto doppio termine per la costituzione e la replica.

Ovviamente, ha lasciato ai singoli collegi giudicanti, ma soprattutto ai singoli TAR, la libertà di scegliere l'interpretazione più opportuna (questa o un'altra), e devo dire che attraverso le nostre Avvocature Distrettuali abbiamo saputo che molti Consigli dell'ordine locali si sono resi parte diligente e hanno chiesto al Presidente del TAR di convocare delle riunioni con il Presidente stesso, i magistrati, i rappresentanti dell'Avvocatura dello Stato e del Consiglio dell'ordine degli Avvocati locale per trovare una soluzione che non comportasse decadenze ed eccessivi appesantimenti della procedura e fosse, quindi, nell'interesse di tutte le parti, con una sorta di leale collaborazione applicata al concreto molto opportuna e molto bene accolta da tutti.

Dobbiamo ricordare che questo Codice amministrativo è stato salutato dalla dottrina e dai primi commentatori come una tappa storica molto importante nel lungo cammino della giustizia amministrativa in generale e del processo amministrativo in particolare.

Cons. DE FRANCISCO

Vorrei dire tre cose molto veloci: una faceta e le altre due più serie.

La prima è che quando si è introdotta la replica dopo la memoria, si aveva in realtà la speranza che le parti, avendo la replica, parlassero di meno in udienza.

La seconda è che l'articolo 3 dell'Allegato 3, recante la norma transitoria riferita al giudizio di appello e che introduce l'obbligo di proporre espressamente come motivo di appello incidentale i motivi e le eccezioni dichiarati assorbite dal T.A.R., attribuisce rilevanza al momento del deposito: la disposizione, infatti, non si applica agli appelli depositati prima dell'entrata in vigore del Codice.

Questo è, ancora una volta, l'effetto di un'impostazione tradizionale, secondo cui il giudizio amministrativo inizia col deposito.

In varie parti del Codice questo concetto sembra essere stato ribadito, sebbene la Corte costituzionale abbia avuto modo di affermare, in qualche occasione, che la litispendenza, anche nel giudizio amministrativo, in realtà si realizza già con la notificazione del ricorso, cioè con l'instaurazione del contraddittorio nei confronti della

controparte, a prescindere poi dal fatto che il giudice effettivamente venga adito in un momento successivo, cioè nel momento del deposito.

Se si volesse spaccare il capello in quattro, la disposizione transitoria di detto art. 3 suscita qualche perplessità, nel senso che se un operatore si fosse deciso a studiare il Codice – come era in sua facoltà – nella notte tra il 15 e il 16 di settembre 2010 e che avesse però, nei giorni precedenti, già passato un ricorso per la notifica, non si capisce che cosa possa depositare a partire dal 16 per evitare di incorrere in decadenze, atteso che la nuova norma dà rilievo esclusivo al deposito.

Che ne farà dell'atto di appello che ha già notificato, ma che non è ancora depositato, e in cui non ha riproposto come motivi di appello quelli assorbiti in primo grado? Forse sarebbe stato più saggio dire "notificati" anziché "depositati", mentre nella norma transitoria c'è scritto depositati e quindi ovviamente è con tale dizione che bisogna fare i conti.

Infine, per quanto riguarda la questione dei termini a ritroso dall'udienza – ovvero documenti 40 giorni, memorie 30 e repliche 20 – di cui peraltro si è già parlato in un precedente incontro, l'interpretazione amministrativa – anche se non può certamente considerarsi giurisprudenziale – che è stata data con decreto, con circolare o, se si vuole, con una mera opinione del Presidente del Consiglio di Stato, rende di fatto le cose più facili, e sicuramente è stata fatta in quest'ottica: 60 giorni dal 16 settembre significa 16 novembre; tutte le udienze che si celebrano fino al 16 novembre 2010 hanno i vecchi termini per le memorie.

Il nuovo rito si applica tutto e subito; solo per i termini in corso non si applicano i nuovi termini, più brevi o più lunghi che siano: dunque, per le memorie, continuano ad applicarsi i vecchi termini che, per la cronaca, erano 30 giorni per i documenti e 20 per le memorie, e non erano previste repliche.

Tutte le udienze che si tengono dopo il 15 novembre seguono, invece, i termini nuovi.

In teoria, ad essere più pignoli, non sarebbe il riferimento ai 60 giorni ad essere implicato dall'articolo 2 dell'allegato 3: i termini dilatori per la celebrazione dell'udienza non sono in corso a partire dal momento in cui è emanato il decreto di fissazione di udienza – come pure qualcuno ha opinato – se non altro perché finché tale decreto è stato soltanto emanato resta un atto interno, non conosciuto, non conoscibile e, soprattutto, di norma privo di data.

Il decreto di fissazione d'udienza non è un bel foglio di carta dove c'è scritto «Il Presidente, visto.., visto.., decreta..; l'udienza è fissata il tale giorno, si comunichi…»;

al contrario, esso è semplicemente uno scarabocchio con una data, dove lo scarabocchio è il nome del relatore designato e la data è quella d'udienza indicata sulla copertina del fascicolo. Ovviamente non è quasi mai indicata la data in cui questo scarabocchio viene messo, e spesso non si sa nemmeno da chi (anche se, formalmente, è sempre imputato al presidente della Sezione).

Questo atto, quindi, assume rilevanza esterna solo nel momento in cui è comunicato alla prima delle parti; dunque, in teoria, la disposizione transitoria avrebbe esteso la ultrattività dei vecchi termini a tutte le cause per le quali la prima comunicazione alle parti del decreto di fissazione d'udienza sia avvenuta anteriormente al 16 settembre 2010.

È ovvio, però, che questo avrebbe reso le cose sommamente difficili e quindi, per un'esigenza di praticità, si è suggerita – e credo sia stata abbastanza recepita, perché indubbiamente è stato un suggerimento ragionevole e concreto – l'idea di fare una draconiana spartizione tra prima e dopo il 15 novembre 2010: i vecchi termini si applicano fino al 15 novembre, i nuovi termini a partire dal 16.

Avv. PALMIERI

In effetti, nel giudizio davanti alla Corte di giustizia dell'Unione Europea è proprio questa fase scritta che è prodromica, come osservava giustamente il consigliere, ad evitare una udienza di discussione che può essere resa inutile dal fatto che le parti hanno già scritto, e che può essere omessa sia per decisione della Corte stessa, qualora ritenesse non necessario un ulteriore approfondimento perché ci sono precedenti specifici; sia per mancata richiesta delle parti.

Noi siamo forse ancora un po' troppo vincolati alla presenza della discussione come se fosse un momento non tanto esplicativo, ma aggiuntivo. Io, spesso, come Avvocato dello Stato, ma anche il Consigliere in quanto giudice, assistiamo all'intervento di avvocati che non fanno altro che ripetere il contenuto del ricorso, cosa che potrebbero, invece, benissimo risparmiare a tutti, collaborando in tal modo ad una velocizzazione della giustizia, alla quale può contribuire ciascuno di noi scrivendo solo ciò che è necessario e aggiungendo oralmente solo fatti importanti o sui quali si ritiene sia rilevante attirare l'attenzione del giudice.

Come dicevamo, quindi, il Codice ha questa funzione organizzativa di razionalizzazione. È stato redatto da una Commissione istituita presso il Consiglio di Stato e composta da grandi professionalità di rilievo ma, soprattutto, di esperienze diverse, unendo, quindi, magistrati amministrativi, avvocati e professori amministrativisti, avvocato dello Stato, che hanno consentito di avere un' ampia visione, da profili diversi, di problematiche anche concrete.

Il Codice in molte parti costituisce, infatti, proprio una specie di *summa* di tutta l'elaborazione giurisprudenziale e tiene conto di quello che la pratica ha segnalato e sollecitato che andasse regolato. L'intento è stato, quindi, veramente lodevole, ed è stata un'operazione molto ben riuscita.

Naturalmente ha avuto qualche rimaneggiamento successivo; se qualcuno di voi ha assistito ai convegni che si sono tenuti – ce ne sono stati tanti, proprio perché

l'argomento è di particolare interesse –, avrà notato che è stata sottolineata proprio quest'opera di successivo rimaneggiamento del Codice da parte del Governo.

Tutto sommato, però, per quanto ci riguarda, e, in particolare, per le impugnazioni, la dottrina proprio in sede di commento ha sottolineato che questo, oltre a essere il Libro più snello di tutto il Codice, è anche quello forse meglio scritto e in cui l'azione di modifica successiva ha avuto meno impatto. Di conseguenza, ha un giudizio generalmente più favorevole quanto alla sua organizzazione sistematica.

Occorre, comunque, ricordare che, sebbene le disposizioni riguardanti le impugnazioni siano contenute nel Libro III e negli articoli da 91 a 111, quando si affronta l'argomento delle impugnazioni bisogna tenere conto anche delle precedenti norme di carattere generale che informano tutte le norme contenute nel Codice.

Innanzitutto, l'articolo 39 dell'allegato primo al Libro primo prevede espressamente che, per quanto non disciplinato dal presente Codice, si applicano le disposizioni del Codice di procedura civile, in quanto compatibili ed espressione di principi generali.

Questo rimando è molto importante perché, di fatto, possiamo dire che mette la parola "fine" a una *querelle* che nella dottrina si trascinava da tempo, ovvero se le norme contenute nel Codice di procedura civile rappresentassero la cosiddetta "legge processuale generale", come tale applicabile in ipotesi di vuoto di disciplina anche in assenza di esplicito rinvio ad essa.

Possiamo dire che l'articolo 39, che si intitola, appunto, "rinvio esterno", perché fa riferimento al Codice di procedura civile, interrompe questo dibattito e dà a quanto contenuto nel Codice di procedura civile un chiaro significato di norma generale di carattere processuale.

Il secondo comma dell'articolo 39 contiene una disposizione molto opportuna sotto il profilo non solo della chiarificazione, ma soprattutto della razionalizzazione, perché prevede che la notificazione degli atti del processo amministrativo venga comunque disciplinata ancora una volta dal Codice di procedura civile e dalle leggi speciali che riguardano la notificazione in materia civile. Questa previsione non è di poco impatto, perché ci sono alcune problematiche – che io in parte vi risparmio perché sono di carattere molto tecnico e di dettaglio come, ad esempio, quella del destinatario assente o irreperibile, o la possibilità di notifica *ex* articolo 140 – che è opportuno che siano finalmente sistemate come norma di carattere generale. Le notificazioni sono quelle previste dal Codice di procedura civile e dalle leggi speciali, quindi, sono uniformi per tutte le tipologie processuali.

Come abbiamo detto, le norme sulle impugnazioni sono contenute nel libro III.

Cons. DE FRANCISCO

Con questo intervento sulle notificazioni si è voluta realizzare una finalità molto semplice: impadronirsi immediatamente, sin dal 16 settembre, dell'enorme elaborazione giurisprudenziale fatta dalla Cassazione in materia di notificazione, evitando la anche minima differenza che avrebbe potuto esserci nella trasposizione delle norme, nonché soprattutto in caso di successive novelle apportate a uno solo dei codici (CPC e CPA): così che non si possano dividere i due filoni interpretativi.

In questo modo, invece, si è preso per quello che è tutto il lavoro interpretativo svolto dalla Corte di cassazione e lo si è acquisito al CPA, evitando quello che succedeva prima: ossia le obiezioni relative al fatto che il regolamento di procedura [R.D. n. 642 nel 1907], diceva che la notificazione si faceva in un altro modo, ragione per cui bisognava capire se affiggere o meno l'avviso alla porta, se fare o non fare il tale incombente.

Tutte queste questioni sono state tagliate via e si è detto, con espresso riferimento alle notificazioni, che non si voleva fare alcuna distinzione, ma solo richiamare le norme e il relativo bagaglio interpretativo, potendo disporre di 60 anni di interpretazione sulla vicenda anziché ripartire da zero come accade adesso per tutti gli altri nuovi istituti.

Avv. PALMIERI

In effetti è stata una norma quanto mai opportuna e devo dire che c'è stata una strana concordia della dottrina nel commento positivo a questa norma. Normalmente la dottrina si divide e si contraddice; invece in questo caso l'hanno salutata tutti molto favorevolmente.

Per quanto riguarda la disciplina generale delle impugnazioni, dobbiamo richiamare alcune norme contenute nei Libro I, tra le disposizioni generali; in particolare nel Titolo I, che si intitola "principi e organi della giurisdizione amministrativa", e nel capo I, che parla di principi generali.

Innanzitutto, l'articolo 1 si intitola "effettività" e prevede che la giurisdizione amministrativa assicuri una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo.

Questa è una norma sulla quale si potrebbe ragionare moltissimo e scrivere anche tanto, perché il problema "effettività della tutela del cittadino" è diventato un argomento importante nonché metro di valutazione dell'efficienza della giustizia, ed è stato proprio posto al centro dell'attività giurisdizionale. Direi che questo processo si è perfettamente amalgamato e integrato con quello che, parallelamente, nell'ambito del procedimento amministrativo ha prodotto la cosiddetta progressiva erosione del principio di autoritarietà dell'atto amministrativo.

Dalla fine degli anni '90 fino al decennio che si conclude con l'adozione del Codice si è avuto questo processo che si è sviluppato, da un lato, con la legge n. 241/90

e successive modifiche introdotte dalla legge n. 15/05, e, dall'altro, con la legge n. 205/00, che ha riformato già in parte la giustizia amministrativa. Infine, si è completato con l'adozione del Codice della giustizia amministrativa.

Di conseguenza, come segnalato nel corso delle cerimonie di inaugurazione degli anni giudiziari nelle relazioni dei presidenti sia del TAR del Lazio che di altri TAR, il problema è proprio la effettività della tutela sostanziale del cittadino. In quest'ottica, quindi, questa norma non è una mera petizione di principio ma un canone di giurisdizione.

Il richiamo, pertanto, non è soltanto ai principi della Costituzione, ma anche a quelli del diritto europeo. Come voi sapete, si discute in dottrina del nostro ordinamento come un ordinamento multilivello, nel senso che vi sia un livello interno, costituito dai nostri principi ordinamentali, sia un livello europeo – o, per meglio dire, comunitario, termine superato perché ormai si parla di diritto dell'Unione – che costituirebbe un livello superiore.

In realtà, la dottrina ha superato questa impostazione dicotomica e, ormai, ritiene che il nostro ordinamento sia costituito dal diritto interno ed europeo fusi in un'unica forma ordinamentale. Non c'è dicotomia tra i due livelli.

L'altra norma di carattere generale che è importante ricordare è quella contenuta nell'articolo 2, che si intitola "giusto processo", che dispone testualmente che «*il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo, come previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione*».

Anche il secondo comma è molto importante, ma cominciamo a leggere innanzitutto e a commentare il primo. Il principio della parità delle parti, il contraddittorio e il giusto processo non sono solo un richiamo a quanto contenuto nel primo comma dell'articolo 111 della Costituzione: va ricordata la genesi della norma costituzionale che, come sapete, è stata modificata per attuare nel nostro ordinamento i principi già delineati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in particolare, contenuti nell'articolo 6.

Credo che se qualcuno di voi si è occupato della cosiddetta "legge Pinto" e delle questioni delle espropriazioni conosce molto bene l'articolo 6. Va solo ricordato in questa sede di commento che, mentre l'articolo 6 costruisce il giusto processo in chiave soggettiva e individua, quindi, i diritti del soggetto nel processo; l'articolo 111 Cost., così come è stato modificato nel nostro ordinamento con la legge costituzionale n. 2/1999, disegna in realtà il giusto processo più come un canone oggettivo di giurisdizione.

Questo tuttavia non comporta che ci sia, in questa diversa visuale, una diversità oggettiva, perché alla fine ciò che è oggettivamente una connotazione di correttezza del processo diventa anche un diritto della parte processuale ad ottenere quei canoni applicativi.

È stato, quindi, necessario l'adeguamento a quei principi contenuti nell'articolo 6 in particolare, ma anche in tutta la Convenzione europea dei diritti dell'uomo; quindi ecco che opportunamente si richiama anche l'articolo 111.

Il secondo comma è molto interessante, perché dice che il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo (ecco ancora un'espressione di derivazione dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo).

La cosa più importante è che viene codificato e introdotto il concetto di "leale cooperazione delle parti", la cosiddetta parità delle armi richiamata nell'espressione francese *égalité des armes*. Dire che le due parti, quella pubblica e quella privata, sono uguali, ha un significato anche molto concreto, perché quando si diceva che il giudice amministrativo non aveva i caratteri della terzietà e dell'indipendenza, era motivato con il fatto che la pubblica amministrazione in giudizio è un po' più parte dell'altra, tanto è vero che quando andiamo in udienza – lo racconto come *divertissement* – l'Avvocatura ha un banchetto separato da quello degli altri avvocati, è seduta accanto al consigliere più giovane.

Cons. DE FRANCISCO

Mi chiedo come farete, adesso, a giustificare la perduranza di questo istituto, di sapore vagamente medievale.

Avv. PALMIERI

Non la giustifico, ci resto e basta, perché ha un significato che torna indietro nel tempo, a quando effettivamente lì si sedeva il funzionario dell'amministrazione, a sottolineare la sua funzione di collaborazione con il giudice dato che portava il suo contributo come esponente dell'amministrazione. Adesso, infatti, viene effettivamente contestata questa posizione e viene ricordato che neanche più il PM nel processo penale ha un posto riservato a sé, quindi, anche noi dovremmo sederci vicino alle altre parti. Per quanto mi riguarda non ho alcun problema; se però il Presidente mi invita a sedere vicino al Collegio, io non posso essere sgarbata e mi devo sedere dove dice lui. Se poi dirà che devo mettermi vicino agli avvocati, nessun problema.

È importante anche che questa norma parli espressamente di parità delle armi e, quindi, parità delle parti.

L'articolo 3 secondo me è una delle disposizioni più opportune di questo Codice, perché si intitola "dovere di motivazione e sinteticità degli atti". Al primo comma, prevede che ogni provvedimento decisorio del giudice è motivato, e questo riecheggia l'articolo 3 della legge n. 241/90.

Ecco perché occorre sempre tenere presente che la modificazione del procedimento amministrativo ha avuto i suoi effetti anche e parallelamente sul processo amministrativo.

Direi che questo è quasi un canone di civiltà giuridica: nessun provvedimento giurisdizionale può essere non motivato, perché questo è un modo per controllare l'esercizio della giurisdizione e dei poteri del giudice.

Quello che invece io sottolineo, e che apprezzo tantissimo, è il secondo comma, il quale dice che il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica.

Questo è veramente un canone di esposizione delle posizioni processuali importantissimo.

Nella mia attuale esperienza, mi confronto con il giudice comunitario, quindi, sto imparando come si scrivono gli atti davanti alla Corte di giustizia dove, oltretutto, danno giustamente non più di 15 minuti per discutere le proprie tesi, e se si vuole parlare di più bisogna giustificare per iscritto il motivo per cui si intende farlo, il che presume che l'avvocato non possa ripetere quello che già scritto, altrimenti il Presidente può togliere la parola.

Oltre a questo, gli atti sono soprattutto redatti in una forma molto diversa da quella con cui noi normalmente siamo abituati a scrivere le memorie. Devo dire che adesso, nel giudizio amministrativo, poiché molti avvocati si occupano anche di diritto comunitario hanno adottato la veste redazionale tipica del processo dell'Unione, dividendo il testo in paragrafi, numeri e titoletti; un tempo, però, quando io iniziai a fare l'avvocato, circa una trentina d'anni fa, nessuna memoria davanti al Consiglio di Stato era divisa in paragrafi o tanto meno in titoletti: c'erano i motivi di impugnazione, al massimo la loro confutazione, mentre adesso c'è un'organizzazione più sistematica e, secondo me, molto utile.

È utile soprattutto la sinteticità degli atti, perché il giudice dopo una certa pagina continua a leggere, ma se vede scritte sempre le stesse cose…

Cons. DE FRANCISCO

Possiamo dire che, dopo una certa pagina, sfoglia.

Quindi questa norma, in realtà, più che imporre un obbligo, indica un onere: le parti hanno l'onere di redigere gli atti in maniera chiara e sintetica, se no…

Non c'è scritto il "se no", però si può immaginare.

Avv. PALMIERI

È sottinteso. Noi sappiamo che questa è la minaccia più o meno sottintesa: "se no, non li leggo". Questo mi sembra anche giusto perché poi, nell'esperienza, ci si accorge che quando si è studiata una causa e la si è capita, si è in grado di spiegarla in poche e chiare parole. Se si comincia a ripetere più volte le stesse cose e ad avvoltolarsi nel concetto vuol dire che non è molto chiaro, quindi, sarebbe meglio non scrivere sempre le stesse cose.

L'altra parte di carattere generale che occorre sempre tenere presente anche sull'argomento impugnazioni è il capo II, che riguarda gli organi della giurisdizione amministrativa.

Non è una petizione di principio, ma una chiarificazione della struttura organizzativa della giurisdizione amministrativa che, come dice l'articolo 4, «è esercitata dai Tribunali amministrativi regionali e dal Consiglio di Stato, secondo le norme del presente Codice».

Il capo II si sofferma anche ad individuare quali sono gli organi di giurisdizione amministrativa di primo grado; in particolare, richiama il Tribunale regionale di giustizia amministrativa per la regione autonoma del Trentino Alto Adige – che non si chiama TAR Alto Adige ma ha questo nome diverso e più lungo che deriva dall'autonomia statutaria – e, soprattutto, l'articolo 5, secondo comma, prevede espressamente la composizione del collegio.

Voi sapete senz'altro che, in base ai principi generali, due persone *non faciunt collegium*.

In realtà, il Tar deve decidere necessariamente con un Collegio composto da tre magistrati, compreso nel numero il Presidente. In mancanza del presidente – è una norma di carattere generale – il Collegio è presieduto dal magistrato con maggiore anzianità nel ruolo.

Il Tribunale della regione autonoma del Trentino Alto Adige – vi richiamavo, infatti, lo Statuto di autonomia – è, invece, disciplinato dalle norme speciali.

Questo secondo comma che prevede la composizione del TAR non è una norma ovvia, perché sappiamo tutti che qualsiasi Collegio giudicante deve essere composto da almeno tre persone; tuttavia è una norma importante, perché c'è una giurisprudenza della Cassazione, peraltro non molto numerosa – anche perché il ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione avverso le sentenze del giudice amministrativo non è uno strumento di frequente utilizzo –, che ha individuato tra i motivi di ricorso per profili attinenti alla giurisdizione la non corretta composizione del Collegio giudicante come, ad esempio, la mancanza di un giudice.

Il TAR del Piemonte è integrato con il componente per la Valle d'Aosta per il problema della lingua francese e anche il Consiglio di Stato, quando si pronuncia su sentenze del Tribunale della Regione di giustizia amministrativa del Trentino Alto Adige, deve essere necessariamente composto da un giudice di lingua tedesca. In mancanza del giudice di lingua tedesca, vi sarebbe una irregolare o illegittima composizione del Collegio.

La Cassazione aveva statuito che, ove si verifichino queste ipotesi, è ammissibile il ricorso *ex* articolo 111, ultimo comma, della Costituzione.

Ecco quindi che, con questa norma, la modalità di composizione serve anche a individuare un profilo che era rilevante ai fini dell'impugnazione e che può, invece, ritenersi superato perché, a questo punto, diventerebbe una violazione di legge e non un profilo di giurisdizione.

All'articolo 6 il Consiglio di Stato viene definito come "*l'organo di ultimo grado della giurisdizione amministrativa*".

Voi ricordate che la giurisdizione amministrativa è composta da un primo grado rappresentato dai Tar e dal secondo grado rappresentato dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale.

Si è avuto questo singolare innesto dal basso del secondo grado di giurisdizione, perché il Consiglio di Stato è stato istituito prima che nascessero i Tar (1971), per cui effettivamente la istituzione dei Tar ha completato la giurisdizione amministrativa con il secondo grado.

Sapete anche che la dottrina è abbastanza unanime nel ritenere che il nostro ordinamento non ha costituzionalizzato il principio del doppio grado di giurisdizione, quindi non costituisce eventualmente una violazione della Costituzione il fatto che un sistema giudiziario sia organizzato in un unico grado e non in doppio grado.

La dottrina discute su questo profilo, però, quella prevalente ritiene che non sia costituzionalizzato.

L'articolo 6 prevede, invece, che il Consiglio di Stato decida con cinque magistrati, un Presidente di sezione e quattro Consiglieri. Anche qui, ovviamente, in caso di impedimento presiede il Consigliere più anziano.

È interessante la disciplina dell'Adunanza plenaria, di cui si parla in merito alla sua composizione; viene introdotto specificamente il modo in cui fare l'appello avverso le pronunce della sezione autonoma di Bolzano – vi ricordavo l'integrazione col componente tedesco –, mentre l'ultimo comma di questa norma fa ancora riferimento a un aspetto degli statuti di autonomia, ovvero quello previsto per la Regione siciliana.

Come sapete, in Sicilia c'è un Tribunale amministrativo regionale che ha una sede a Palermo e una sezione staccata a Catania, ma gli appelli avverso le sentenze e le ordinanze del TAR Sicilia non sono proposti al Consiglio di Stato bensì al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana; tant'è che, per quanto riguarda l'or-

ganizzazione dell'Avvocatura dello Stato, i nostri colleghi dell'Avvocatura Distrettuale di Palermo sono gli unici che in sede distrettuale trattano le cause davanti alle giurisdizioni superiori, perché difendono davanti al Consiglio di giustizia amministrativa. Di solito è presieduto da uno dei più anziani presidenti del Consiglio di Stato.

Cons. DE FRANCISCO

Dopo la riforma del 24 dicembre 2003, con il decreto legislativo n. 373/03 attuativo dell'art. 23 dello Statuto della Regione siciliana, il Consiglio di giustizia amministrativa è strutturato su due sezioni con funzioni consultive e giurisdizionali. Il Presidente capo presiede la sezione giurisdizionale e l'intero Consiglio e normalmente è tra i più anziani – questo però è un fatto contingente, potrebbe anche non essere più così un domani; poi ci sono due presidenti, uno della Consultiva e uno aggiunto alla Giurisdizionale che, invece, nei fatti ultimamente è sempre scelto tra i più giovani del ruolo.

Avv. PALMIERI

Completo la visione delle norme di carattere generale con quella contenuta nell'articolo 38, che si intitola "rinvio interno".

Abbiamo visto il rinvio esterno, quello del successivo articolo 39, che fa riferimento al Codice di procedura civile; l'articolo 38, invece, dice che il processo amministrativo si svolge secondo le disposizioni contenute nel Libro II riguardante il giudizio di primo grado e che, se non espressamente, derogate si applicano anche alle impugnazioni ai riti speciali.

C'è quindi l'idea di un'uniformità di rito, sia per il primo grado che per il grado d'appello, purché ovviamente non ci sia un'espressa deroga.

Il Libro III, che contiene la disciplina delle impugnazioni, ha sistematicamente individuato e organizzato tutti i mezzi di impugnazione per i quali vige il principio della tipicità, nel senso che i mezzi di impugnazione nel processo amministrativo sono solo quelli ammessi e disciplinati dal Libro III intitolato "le impugnazioni", quindi sono soltanto l'appello, la revocazione, l'opposizione di terzo e il ricorso per cassazione con i motivi che poi vedremo, con richiamo all'articolo 111 della Costituzione.

L'articolo 91 elenca alcune norme.

Gli articoli da 92 a 99 contengono la disciplina di carattere generale. Le vediamo sommariamente per soffermarci su quello che è più importante.

Innanzitutto, l'articolo 92 ha individuato un termine unico per le impugnazioni che si propongono con ricorso e che devono essere notificate entro 60 giorni dalla notificazione della sentenza. Eliminando una serie di discussioni che si erano create in precedenza, l'articolo ha dato un unico termine per proporre le impugnazioni. Diciamo che rimane, come sottofondo di tutta la normativa che disciplina le impugnazioni, l'eco della dottrina processual-civilistica che distingue, come sapete, tra mezzi di impugnazione ordinari e mezzi di impugnazione straordinari.

Il Codice, però, ha avuto appunto l'intento di unificare il più possibile, per cercare di rendere omogenea la disciplina.

Altra norma interessante è quella contenuta nell'articolo 93, che identifica il luogo per l'impugnazione. Qui c'è una disciplina interessante, soprattutto per noi che facciamo gli avvocati: mi riferisco al problema del cambio di studio di un avvocato. Molte volte capita dover impugnare una sentenza quando scade il termine lungo. Vi ricordo che, ormai, anche per il giudizio amministrativo, il termine cosiddetto lungo, cioè quello che si applica in mancanza di notificazione, è quello previsto dall'articolo 327 del Codice di procedura civile novellato dalla legge n. 69/09, ovvero sei mesi dal deposito della sentenza a cui, se non si tratta di cause urgenti come lavoro o altro, si applicano i 45 giorni di sospensione, le cosiddette "ferie agli avvocati" che decorrono, vi ricordo, dal 1° agosto al 15 settembre, per cui bisogna ricominciare a contare dal 16 settembre.

Il Codice proc. amm., infatti, è entrato in vigore il 16 settembre 2010.

Questa è una norma che va tenuta sempre presente perché, essendo ormai sei mesi e non un anno, ovviamente il termine di decadenza si è dimezzato e può sfuggire il termine per l'appello.

L'articolo 93 non è particolarmente innovativo; si occupa, però, come dicevo, di un profilo particolare, ovvero di quando il procuratore domiciliatario si trasferisce senza darne alcuna comunicazione alla parte.

Agli avvocati capita di notificare alla scadenza del termine – non dico all'ultimo giorno, ma quasi – un appello avverso una sentenza di TAR al procuratore domiciliatario presso il domicilio identificato nella sentenza, ma il procuratore risulta sconosciuto.

La Cassazione ha elaborato un orientamento molto rigido a tal proposito, affermando che è onere della parte che notifica l'accertarsi che non ci sia stato, nel frattempo, anche se non comunicato ritualmente, un mutamento di domicilio da parte dell'avvocato, il che significa in pratica che prima di notificare una sentenza bisogna andare sul sito del Consiglio dell'ordine dove è iscritto l'avvocato e controllare che non abbia cambiato domicilio. Se te lo dimentichi o non te ne accorgi, la notifica non va a buon fine. Si era quindi posto il problema di cosa succedeva in tal caso.

Quando è capitato a me, io ho fatto un'istanza al Presidente della sezione chiedendo la rimessione in termini, e ho fatto anche una ricerca giurisprudenziale nella quale ho trovato che c'è un orientamento della Cassazione, abbastanza consolidato, che distingue la nullità della notificazione, che in questo caso non tocca la legittimità

dell'impugnazione e che rimane circoscritta, dice la Cassazione, alla relata di notifica e non inficia il ricorso, sicché si può chiedere un termine per rinotificare.

Diverso è il caso in cui, invece, la variazione dell'indirizzo dello studio è stata comunicata, oppure è stata notificata la sentenza scrivendo in caratteri quasi illeggibili il mutamento di studio. Se purtroppo questo sfugge, bisogna fare buon viso a cattivo gioco. È bene pertanto controllare sempre che, quando c'è la notifica della sentenza, non ci sia contestualmente una comunicazione di nuovo domicilio da parte del difensore.

Questa norma in pratica ricostruisce correttamente come onere della parte quello di essere diligente, ma solo nel caso in cui il cambio di indirizzo sia stato comunicato; non obbliga ad andare a cercare comunque.

Dispone che se, effettivamente, la notifica non ha avuto esito positivo perché il domiciliatario si è trasferito senza una formale comunicazione alle parti, la parte che intende proporre l'impugnazione presenta al Presidente del Tar o del Consiglio di Stato, secondo quale giudice abbia adito, un'istanza con l'attestazione dell'omessa notifica perché trasferito o sconosciuto. Dopodiché si fissa un termine perentorio per completare la notificazione.

Questa è un'importante norma di salvaguardia, perché non incombe più su chi notifica l'onere di accertare il reale attuale domicilio o l'avvenuto trasferimento.

L'articolo 94 prevede un termine unico per il deposito del ricorso – entro 30 giorni dall'ultima notificazione –, ricorso che va consegnato unitamente a una copia della sentenza impugnata e alla prova delle eseguite notificazioni.

A proposito della copia della sentenza impugnata da depositare, la dottrina dice che – ovviamente qui parliamo sempre di primi commenti, quindi dobbiamo lasciare che questi commenti si consolidino oppure siano sconfessati da una giurisprudenza che si orienta in modo diverso – basta anche una copia informale della sentenza impugnata, perché le copie delle sentenze sono reperibili sul sito della giustizia amministrativa. Basta accludere questa copia, non è necessaria una copia conforme all'originale.

Qui bisognerà vedere cosa succederà nell'applicazione pratica se la giurisprudenza non si orienterà nel ritenere applicabile l'improcedibilità invece del ricorso, prevista dall'articolo 369 del Codice di procedura civile. La dottrina però sottolinea come nel giudizio amministrativo ci sia meno rigore formalistico e come si possa essere meno fiscali, per così dire, di come il giudice della Cassazione vorrebbe.

Devo dire che il giudice della Cassazione è severissimo: se l'istanza di trasmissione del fascicolo del giudizio di merito, in riferimento al quale è stata emessa la sentenza che si impugna per cassazione, non viene depositata in due copie autenticate, o se non viene depositata la copia autentica della sentenza, dichiara improcedibile il ricorso. Si tratta di decadenze molto gravi e, soprattutto, molto gravose per l'avvocato che deve provvedere.

Una norma interessante, sempre a proposito del giudizio di impugnazione, è quella dell'articolo 95. Forse è l'unica norma di tutto il Libro delle impugnazioni che viene

criticata dalla dottrina in sede di commento, perché dice che l'impugnazione deve essere notificata a tutte le parti in causa nelle cause inscindibili, e negli altri casi alle parti che hanno interesse a contraddire.

Diciamo che richiama le norme contenute nel Codice di procedura civile per quanto riguarda le cause inscindibili, mentre per quanto riguarda invece le cause scindibili e la seconda parte l'articolo applicabile è sempre il 332 del codice di procedura civile.

La dottrina sostiene che bisognerebbe giungere a un'interpretazione un po' più elastica, per assicurare tempi rapidi di decisione; nel giudizio amministrativo, comunque, c'è il profilo che attiene al rispetto dell'interesse pubblico, ragione per cui è necessario cercare di semplificare.

La norma, poi prevede anche che se la sentenza non è stata impugnata nei confronti di tutte le parti nelle cause inscindibili, il giudice può ordinare l'integrazione del contraddittorio. Si cerca, quindi, di far arrivare sempre il processo alla sua conclusione con tutte le parti che fin dall'inizio era giusto che vi partecipassero. Solamente se il giudice assegna un termine per l'integrazione del contraddittorio e nessuna delle parti vi provvede, allora, e solo in quel caso, il ricorso sarà improcedibile.

È interessante anche il quinto comma di questo articolo, perché richiama l'articolo 49 già previsto per il primo grado (ho ricordato che le norme tendono a uniformare il giudizio di appello con quello di primo grado). In pratica, il comma dice che, se il Consiglio di Stato riconosce che l'impugnazione è manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondata, può anche non ordinare l'integrazione del contraddittorio quando l'impugnazione di altre parti è esclusa o preclusa. Questo significa che se il Consiglio di Stato valuta immediatamente che ci sono degli elementi precisi per cui l'impugnazione non può avere seguito, è inutile il dispendio processuale di ordinare l'integrazione del contraddittorio: a quel punto, semplicemente ferma il processo allo stato in cui non può andare avanti. Questa è una norma opportuna perché semplifica.

L'articolo 96 prevede il cosiddetto *simultaneus processus*, cioè l'unione di tutte le impugnazioni proposte separatamente. Questo è molto utile anche per noi, perché mi è capitato tantissime volte che una sentenza venisse impugnata simultaneamente dall'amministrazione e dal controinteressato, nel senso che io ho notificato prima di aver ricevuto la notifica del controinteressato. Con queste due o tre impugnazioni c'è un problema di disciplinare, che normalmente prima si risolveva in modo molto pratico segnalando alla sezione che avverso la sentenza era stato proposto anche un altro ricorso in appello; qualche volta, però, questa procedura creava problemi, o perché non ci si costituiva in tempo, o perché c'era qualche *défaillance* procedurale

dovuta anche a meri errori materiali, ed effettivamente si rischiava di mandare a sentenza una causa mentre invece c'era un'altra impugnazione pendente.

Io ricordo tutto il periodo terribile delle prime impugnazioni avverso la mancata ammissione ai concorsi di notaio e di magistratura per non aver superato la prova di preselezione informatica: noi come amministrazione impugnavamo, oppure impugnava un controinteressato; se non venivano coordinati i due ricorsi, effettivamente era difficile gestire la situazione. Pertanto, si è cercato proprio di dare ordine a questa normativa e, soprattutto, di riunire le cose ai fini di una decisione unitaria.

È importante soprattutto l'ultimo comma di questo articolo 96 secondo il quale, in caso di mancata riunione di più impugnazioni ritualmente proposte contro la stessa sentenza – come l'esempio che di cui parlavo – la decisione di una delle impugnazioni non determina l'improcedibilità delle altre. Questo è importante: se non si è verificato il processo in simultanea, io non vengo pregiudicato solo perché la mia impugnazione può essere articolata su motivi diversi. Il vero problema è questo.

Penso, ad esempio, ad alcune controversie in materia di valutazione degli immobili cosiddetti di prestigio, alle impugnazioni fatte dall'INPS in quanto titolare del pacchetto azionario per il patrimonio mobiliare. L'INPS fa determinate osservazioni; noi, ad esempio, come Agenzia del territorio interveniamo su profili di carattere tecnico che l'INPS non ha valutato. Sono due azioni diverse ed è opportuno che siano trattate insieme, ma un'eventuale dichiarazione negativa dell'una non deve influenzare l'altra.

Cons. DE FRANCISCO

Penso, tuttavia, che su questa norma ci sia da vedere che succederà, perché la norma significa, secondo me, che la decisione di un'impugnazione non determina automaticamente l'improcedibilità delle altre; non è che, per il solo fatto che una è stata decisa, tutte le altre impugnazioni che avrebbero dovuto essere riunite, e che per una svista della segreteria o altro non lo sono state, diventano per questo improcedibili.

Nondimeno, sarei incline a ritenere che questa norma non possa derogare al principio generale del vincolo che deriva al giudice dalla progressiva formazione del giudicato interno, ossia quel vincolo che deriva al giudice tutte le volte che una questione non è appellata o tutte le volte in cui, nello stesso processo, una certa statuizione passa in giudicato e un'altra no.

Ad esempio, in caso di annullamento con rinvio da parte della Cassazione è chiaro che passa in giudicato tutto quello che non è oggetto di rinvio, mentre i capi di sentenza rinviati non passano in giudicato.

Se un'impugnazione è decisa e ce n'è un'altra che pende sulla stessa causa, questa seconda non è automaticamente improcedibile, dice la norma. Tuttavia, secondo me, questo non significa che, se la decisione della prima impugnazione ha statuito su alcune questioni che sono controverse anche nella seconda, il giudicato non si sia formato. Io credo che in questo ambito si debba comunque considerare che se,

nella prima impugnazione che è stata definita, qualcosa di ciò che si è deciso incide, influenza, riguarda, o concerne ciò che è oggetto della seconda impugnazione, sulla prima decisione intanto si è formato il giudicato; quindi credo che, sebbene la seconda non sia divenuta di per sé improcedibile, il relativo esito sia però inevitabilmente condizionato da quello della prima.

Altrimenti, si sarebbero rovesciati i principi generali: mentre un tale *favor* per la seconda impugnazione rispetto alla prima non è compatibile con questi ultimi.

Avv. PALMIERI

Infatti. Questa è una norma che poi, probabilmente, verrà calibrata nella sua effettiva portata precettiva proprio dall'applicazione pratica; d'altronde, c'è stato un grande problema di carattere giurisprudenziale sull'ordine di trattazione degli appelli in caso di appello incidentale improprio, che poi è stato in qualche modo risolto. Ci si chiedeva quale dei due appelli andasse trattato prima.

Cons. DE FRANCISCO

La questione sull'ordine di trattazione dei motivi tra l'appello principale e l'appello incidentale alla fine è stata volutamente lasciata aperta. Un'altra questione che si era posta nella realizzazione del Codice era relativa all'eventualità di porre o meno alcune norme sull'assorbimento dei motivi.

In realtà, sull'assorbimento è stato giusto, secondo me, non dire nulla, perché l'assorbimento, lapalissianamente, è doveroso quando è giusto ed è vietato quando è sbagliato.

In altri termini, non è mai opinabile, l'assorbimento.

In teoria, lo si deve fare quando è obbligatorio farlo, e non si dovrebbe farlo in alcun altro caso; poi, nei fatti, è un errore del giudice quello di assorbire male.

Per quanto riguarda l'ordine di trattazione tra le due impugnazioni contrapposte c'è stata anche una Plenaria che, in qualche modo, si è pronunciata senza risolvere il problema. Credo che il principio guida debba essere quello che le contrapposte impugnazioni debbano essere tutte decise, nella misura in cui una delle parti abbia interesse alla decisione del singolo motivo di ricorso, sia esso principale o incidentale.

È abbastanza difficile, forse impossibile, dare una regola generale sull'ordine di esame delle questioni che, al pari della questione dell'assorbimento dei motivi, è stato qualche volta abusato per pigrizia del giudice. In teoria, non dovrebbero esserci problemi su queste cose; poi, nella prassi, ce ne sono anche troppi.

Avv. PALMIERI

Vi ricordo che l'appello incidentale improprio è quello che viene proposto per motivi diversi da quelli con i quali è stata impugnata la sentenza dall'appellante principale. Il principio è questo: ci sono varie parti che hanno posizioni processuali in qualche modo diversificate, e sono tutte soccombenti in primo grado. Nel momento in cui la parte riceve la notifica non può più fare appello autonomo, è vincolata dai motivi proposti dall'appellante; però può, innanzitutto, fare un appello incidentale *ad adiuvandum*, nel senso che impugna per gli stessi motivi; poi, nel termine perentorio entro cui avrebbe dovuto fare l'appello in via principale, può fare un appello incidentale improprio, cioè, censurare la sentenza per altri motivi.

Questo è un profilo importante soprattutto in tema di appalti, quando, ad esempio, si paralizza la richiesta dell'appellante sostenendo che si appella la sentenza, ma, pregiudizialmente, che alla gara l'originario ricorrente in primo grado non avrebbe dovuto neanche partecipare.

A quel punto, può diventare rilevante valutare prima se c'era l'interesse, cioè se quell'appellante poteva partecipare alla gara, piuttosto che vedere dopo se l'appello era infondato. Come dicevamo, la controversia potrebbe essere chiusa prima. Sono questioni molto delicate, da seguire con attenzione.

L'articolo 97 ha carattere di norma generale che consente, da parte di chi vi ha interesse, l'intervento nel giudizio di opposizione con atto notificato a tutte le parti. Ricordo che c'è una dottrina che individua le varie tipologie di interesse, quindi, la norma ha scelto volutamente un ampio spettro di applicazione.

Anche l'articolo 98, che prevede le misure cautelari, è una norma di carattere generale fatta per consentire proprio al giudice di esercitare, col maggiore margine di discrezionalità e di manovra, i poteri cautelari nell'ottica dell'opportunità e della congruità rispetto alla fattispecie concreta che deve decidere.

Anche in questo caso la dottrina ha detto che è una norma un po' troppo generale; forse andrebbe meglio individuata ma, tutto sommato, credo che vada bene così.

Una norma abbastanza nuova è quella dell'articolo 99, che prevede il deferimento all'Adunanza plenaria. Prevede innanzitutto che, se la sezione a cui è assegnato il ricorso rileva che il punto di diritto che deve esaminare ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti oppure direttamente d'ufficio rimette ricorso all'esame dell'Adunanza plenaria.

Questo è un potere generale che viene però anche riconosciuto prima della decisione al Presidente del Consiglio di Stato il quale, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'Adunanza plenaria, questa volta qualsiasi ricorso – non necessariamente solo uno che sottintenda a una questione di diritto particolarmente controversa – per risolvere questioni di particolare importanza oppure per dirimere contrasti giurisprudenziali. Qui c'è un potere di valutazione d'ufficio del Presidente del Consiglio di Stato.

Devo dire che la dottrina l'ha un po' criticato perché attribuisce all'ufficio del Presidente, al di là delle singole persone che ricoprono l'ufficio, un eccessivo potere di valutazione.

Qui si comincia a delineare, più esplicitamente, che il Consiglio di Stato si modella, nella sua funzione nomofilattica, su quella della Cassazione. Di conseguenza la dottrina, che vuole sempre approfondire e discutere gli argomenti, ritiene, ragiona e discute se effettivamente il Consiglio di Stato sia diventato la Cassazione del giudizio amministrativo, ovvero se, comunque, ci sia bisogno di un terzo grado di giudizio, ipotizzando tribunali amministrativi d'Appello e, di conseguenza, il Consiglio di Stato con la funzione nomofilattica della Cassazione.

Il sistema francese effettivamente conosce le Corti amministrative d'appello regionali, quindi si ipotizzerebbero due gradi di merito: TAR e Corti d'appello, e poi giurisdizione di mera legittimità al Consiglio di Stato.

L'articolo 99 prevede, al terzo comma, un'ipotesi interessante, cioè che se la sezione a cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria, rimette con ordinanza motivata la decisione del ricorso. Questo è il problema derivante dal fatto che il nostro ordinamento non conosce il vincolo del precedente, come fanno invece gli ordinamenti anglosassoni; pertanto, se la sezione non intende uniformarsi a quanto ha già detto l'Adunanza plenaria, può rimettere nuovamente a quest'ultima la questione. A quel punto, l'Adunanza plenaria decide tutta la controversia, salvo che invece ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire, per il resto, il giudizio alla sezione remittente. È praticamente un giudizio di rinvio.

Cons. DE FRANCISCO

Al comma 3 c'è una questione che, secondo me, prima o poi si dovrà affrontare, ossia: il precedente della Plenaria diventa vincolante per le sezioni semplici – non ovviamente per i TAR – ed è la stessa cosa prevista, dopo la riforma 2006, in Cassazione, tra sezioni unite e sezione semplice.

Credo che la vera questione di diritto intertemporale sia questa: i principi vincolanti affermati dell'Adunanza plenaria – vincolanti giuridicamente, non per autorevolezza: ovviamente in tal senso lo erano anche prima – sono solo quelli affermati dopo il 16 settembre, oppure le sezioni semplici sono vincolate, a partire da quella data, anche ai principi della Plenaria affermati in precedenza?

Avv. PALMIERI

Non lo so. Lascio ai posteri la decisione; io sarei più favorevole alla prima ipotesi, poi vedremo in pratica come si applicherà. Sono norme che poi, come ripeto, si potran-

no vedere nella loro applicazione; avranno una dimensione di contenuto diverso a seconda di come si orienterà l'interpretazione giurisprudenziale.

Come vi dicevo, negli articoli da 100 a 105 sono trattate la disciplina dell'appello, la revocazione e, infine, il ricorso per cassazione.

L'appello sostanzialmente non ha cambiato la sua identità, non è diventato un nuovo mezzo di impugnazione; semplicemente, come dicevamo, sono codificati orientamenti giurisprudenziali già presenti.

Quando noi facciamo ricorsi d'appello, sono importanti anche le relazioni che ci arrivano dalle amministrazioni a sottolineare gli aspetti che danno perplessità o sui quali è opportuno richiamare un giudizio, anche di secondo grado. Per tale motivo, anche proprio a fini di praticità io segnalerei che le norme del nuovo Codice amministrativo hanno cercato innanzitutto di ricondurre l'appello nell'alveo del ricorso di primo grado, in una struttura che sia organizzata anche su motivi bene delineati. L'appello, quindi, deve contenere una sua indicazione, soprattutto sui motivi per cui si impugna la sentenza. È quindi molto importante il modo in cui si organizza il mezzo di impugnazione.

Infatti, l'articolo 101, primo comma, enumera proprio i requisiti che, evidentemente a pena di inammissibilità, il ricorso in appello deve contenere.

A noi interessa poco, essendo difensori *ex lege*, ma, per quanto riguarda la parte privata, è importante, ed è esplicitamente detto che ci vuole una procura speciale anche per il giudizio d'appello.

Veniamo alla famosa norma che abbiamo già richiamato, il secondo comma, in base al quale si intendono rinunciate domande di eccezioni dichiarate assorbite e non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano espressamente riproposte nell'atto d'appello da parte dell'appellante o, per le parti diverse dall'appellante (interventore o resistente) con una memoria – attenzione – depositata, pena di decadenza, entro il termine per la costituzione in giudizio.

Di conseguenza, mentre prima noi, come parte appellata, depositavamo un mandato, dopodiché la memoria la facevamo solo nei 30 giorni liberi prima dell'udienza fissata per la discussione del ricorso, adesso se vogliamo riproporre quelle eccezioni – penso all'inammissibilità del ricorso – sulle quali il giudice di primo grado ha glissato oppure le ha ritenute assorbite, dobbiamo farlo con una memoria che deve essere depositata entro il termine per costituirsi.

Cons. DE FRANCISCO

A mio avviso, in questo caso la situazione dell'Avvocatura, derivante da questa norma, è particolarmente gravosa.

In realtà, l'ipotesi dell'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado forse è rilevabile anche d'ufficio e dunque, se non è un' eccezione in senso proprio (ricordo che le eccezioni in senso proprio sono quelle che il giudice non può rilevare d'ufficio), non richiederebbe particolari forme per essere sottoposta all'attenzione del giudice.

Viceversa, la questione diventa gravosissima per l'Avvocatura, secondo me, con riferimento all'eccezione di prescrizione, che è un'eccezione in senso proprio.

Ossia, se il giudice di primo grado ha respinto il ricorso dichiarando che il diritto non sussiste per una qualunque altra ragione e il privato appella, se l'Avvocatura entro questo termine non eccepisce la prescrizione, poi il diritto, anche se prescritto, deve essere portato a esecuzione inevitabilmente.

Questo forse dovrebbe suggerire all'Avvocatura di fare l'eccezione di prescrizione a ciclostile, a raffica.

In una causa che verta in materia di diritti soggettivi, voi che fate gli appelli dovreste costituirvi con formula di stile ed eccepire la prescrizione, a torto o a ragione.

Avv. PALMIERI

In via cautelativa.

Cons. DE FRANCISCO

Quello che è inutile non vizia; però, se non lo fate, sulla prescrizione rischiate veramente una bastonata pesantissima.

Avv. PALMIERI

Sulla prescrizione c'è anche il profilo che attiene a problemi di risarcimento danni che sono intervenuti nelle more tra la sentenza e la decisione dell'appello. Si può ampliare molto di più la condanna, per cui bisogna eccepirla subito per evitare che poi si tramuti in una somma sempre maggiore.

Cons. DE FRANCISCO

Aggiungo che qui interferisce forse anche il problema della non proponibilità di eccezioni nuove in appello; dunque, la prescrizione, oltre che essere proposta a raffica entro 60 giorni nei giudizi di appello, andrebbe ovviamente altrettanto a raffica proposta in primo grado.

Avv. PALMIERI

Vale anche per l'amministrazione l'impossibilità di proporre per la prima volta in appello l'eccezione di prescrizione. Devo dire che, un tempo, la giurisprudenza

del Consiglio di Stato era un po' più elastica e consentiva all'amministrazione di esercitare dei poteri più ampi, nel senso che poteva depositare per la prima volta documenti e proporre eccezioni. Anche se in primo grado era stata contumace, in appello poteva svolgere interamente le sue difese.

Adesso, anche con la norma dei "*nova*" in appello, che vedremo dopo, praticamente anche all'amministrazione tutta questa attività è preclusa, salvo che non sia impossibilitata a depositare i documenti oppure che non sia il giudice a ritenerli necessari, quindi a esercitare un potere d'ufficio per la loro acquisizione.

Occorre ricordare, infatti che il giudizio di appello si attua in base al principio dispositivo temperato dal metodo acquisitivo, nel senso che il giudice ha anche un potere di acquisire documenti, ma il tema dell'appello lo delineano le parti con il loro ricorso, quindi, il giudice è vincolato a quanto rappresentato dalle parti con il ricorso in appello.

L'articolo 102 è una norma che la dottrina chiede di rivedere, perché dice praticamente che possono proporre appello le parti fra le quali è stata pronunciata la sentenza di primo grado. L'interventore può proporre appello soltanto se titolare di una posizione giuridica autonoma; questo è ovvio, perché l'interventore *ad opponendum* è legittimato a proporre l'appello, ma l'interventore *ad adiuvandum* in realtà è su una posizione identica a quella rispetto alla quale ha aderito, e ha una sua autonomia soltanto per quanto riguarda un'eventuale dichiarazione di inammissibilità del suo intervento in merito alla condanna alle spese.

Un'altra cosa importante è che nella redazione del ricorso in appello, come dicevo, i motivi di appello dovranno essere molto specifici. Le censure non possono essere generiche ma devono essere ben articolate e ben delineate; non possono consistere in generici richiami a pretese norme violate, ma devono essere molto chiare nella loro individuazione.

L'articolo 103 prevede per la prima volta la riserva facoltativa di appello, nel senso che contro le sentenze non definitive è proponibile l'appello, ovvero riserva d'appello. Poiché però prevede espressamente che sia fatta con un atto notificato entro il termine per l'appello e depositato nei successivi 30 giorni presso la segreteria del Tar, si esclude che tale riserva possa essere fatta verbalmente o con verbale d'udienza. Mentre prima si ammetteva con facilità una modalità più semplice, adesso il Codice ha codificato l'esistenza di un appello vero e proprio.

L'articolo 104 è interessante perché disciplina il fatto che nel giudizio d'appello non possono essere proposte nuove domande – fermo restando quanto previsto all'articolo 34, comma 3 – né nuove eccezioni che non siano rilevabili d'ufficio, ovvero quello che dicevamo a proposito della eventuale inammissibilità.

Possono tuttavia essere chiesti interessi accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni subiti dopo la sentenza stessa. Quindi l'articolo 104, in realtà, è simmetrico alla norma dell'articolo 145 del Codice di procedura civile, e la cosa importante è che non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti.

L'amministrazione non può, in appello, ricordarsi che nel procedimento amministrativo si erano formati atti che sarebbe stato opportuno che il giudice esaminasse, perché è preclusa anche alla pubblica amministrazione la possibilità di sollevare in appello per la prima volta l'eccezione di prescrizione, quindi bisogna fare molta attenzione. Poi però c'è una clausola di salvaguardia e questa si spiega perché, evidentemente, essendoci anche un principio dispositivo temperato dal metodo acquisitivo, il giudice può decidere d'ufficio che alcuni chiarimenti o documentazioni gli siano indispensabili, quindi, ne ordina il deposito in giudizio; oppure, l'altra clausola di salvaguardia, per la quale la parte può dimostrare di non averli potuti produrre nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. In tal caso, si tratta quindi di documenti indispensabili e non depositati per cause non imputabili alla parte.

Qui c'è anche la disciplina dei "famosi" motivi aggiunti, cioè: nel momento in cui la parte viene a conoscenza di documenti non prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado e da cui emergono vizi degli atti o provvedimenti amministrativi impugnati, può proporre motivi aggiunti. L'ipotesi potrebbe essere quella in cui, a seguito dell'ordinanza istruttoria del Consiglio di Stato, siano depositati altri documenti e la parte intenda provvedere ai motivi aggiunti. Poi c'è la rimessione al giudice di primo grado.

Sempre tra le discipline introdotte in modo sistematico abbiamo la revocazione, che rimanda espressamente agli articoli 395 e 396 del Codice di procedura civile. Diciamo che si ripropone quindi la distinzione tra revocazione ordinaria per motivi cosiddetti palesi – i numeri 4 e 5, ad esempio l'errore del giudice – e la revocazione straordinaria per motivi cosiddetti occulti, che sono i numeri 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395 del Codice di procedura civile. Va solamente detto, a questo punto, che la revocazione può essere fatta tassativamente solo per i motivi previsti dall'articolo 395. Devo dire che, per mia esperienza, le revocazioni accolte dal Consiglio di Stato sono pari a zero. Non mi è mai successo di aver visto accolto un ricorso per revocazione.

Opportunamente, qui il Codice prevede che contro la sentenza emessa nel giudizio di revocazione siano ammessi gli stessi mezzi di impugnazione ammessi per la sentenza originariamente revocata, e soprattutto che la sentenza emessa nel giudizio di revocazione non può più essere impugnata per revocazione: bisogna rassegnarsi, la sentenza resta quella che è.

Cons. DE FRANCISCO

Questa norma è stata molto controversa in Commissione, soprattutto questo secondo comma dell'articolo 107. In realtà esso è tal quale previsto nel Codice di

procedura civile, quindi la norma non era specificamente nostra, giacché c'è anche nel Codice di procedura civile.

Anzi, qualcuno di noi aveva proposto di non riportarla, perché si diceva che se si era sbagliato era giusto poterci ritornare sopra.

Poi, e secondo me per fortuna, è prevalsa l'altra tesi, perché ci deve essere un punto nel quale anche l'errore del giudice finisca con il non essere più rimediabile, perché l'esigenza di stabilizzare la decisione è superiore all'esigenza di rivedere una decisione ipoteticamente sbagliata in fatto.

La decisione sbagliata in diritto è ovvio che non si possa rivedere, ed per questo motivo che poi c'è un'altissima percentuale di rigetti nelle revocazioni.

La revocazione, infatti, spesso è utilizzata come un grimaldello che, attraverso l'invocazione di un errore sul fatto, mira in realtà a una revisione del giudizio di diritto, magari sbagliato, che invece non può ammettersi, altrimenti avremmo un terzo grado di giudizio.

In ogni caso, se noi non avessimo inserito questo secondo comma dell'articolo 107, il processo (ed è per questo che la stessa norma sta anche nel codice di procedura civile) rischierebbe di non finire mai perché, posto che la proponibilità della revocazione ordinaria (numeri 4 e 5 dell'articolo 395 del Codice di procedura civile) non fa passare in giudicato la sentenza – a differenza della revocazione straordinaria, che si propone dopo la formazione del giudicato e dunque dà luogo a un nuovo giudizio e non già a un ulteriore grado del giudizio originario – la possibilità di insistere infinite volte a riproporre, magari in modo palesemente infondato, una revocazione per gli stessi motivi di fatto (o per motivi presentati come altri, ma in realtà più o meno sempre gli stessi), avrebbe potuto impedire, in teoria all'infinito, ma in pratica solo per un certo numero di volte, il passaggio in giudicato della sentenza.

Dunque l'esigenza di stabilizzare la decisione ha imposto, e secondo me impone in ogni ordinamento, che sia posto un limite definito al numero di impugnazioni ordinarie ammissibili, giusta o sbagliata che sia la decisione.

Per le impugnazione straordinarie è tutto un altro discorso, perché esse danno luogo a un nuovo processo, ossia a una sorta di *querela nullitatis*; esse aprono un nuovo giudizio, in cui si discute se fosse giusta la sentenza impugnata in via straordinaria; ma le impugnazioni ordinarie, finché sono proponibili, impediscono il passaggio in giudicato, dunque è assolutamente necessario che ne sia limitato e definito il numero di volte in cui possono essere proposte.

Avv. PALMIERI

Qui va soltanto ricordato che l'articolo 119 prevede le controversie nelle quali i termini ordinari processuali sono dimezzati, e la dottrina ritiene che l'articolo 119 si applichi anche al mezzo di impugnazione costituito dal ricorso per revocazione, mentre l'articolo 119 sulla dimidiazione dei termini non si applica al ricorso per cassazione: poiché l'art. 110 richiama nella sua disciplina il Codice di procedura e non dice niente di diverso, si applica il termine ordinario di 60 giorni.

Sull'opposizione di terzo devo dire che la dottrina ha sottolineato come, in realtà, queste norme non introducano delle novità di così grande rilievo o così sostanziali: semplicemente, richiamano l'articolo 404 del Codice di procedura civile.

La norma più degna di attenzione è quella che prevede la competenza, cioè, che l'opposizione di terzo si propone innanzi al giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata, salvo che avverso questa sentenza penda l'appello.

A quel punto, nel caso in cui sia proposto l'appello, il terzo deve introdurre la domanda non presentando l'opposizione, ma l'intervento in appello. Praticamente, in pendenza dell'appello, non si può più fare l'opposizione davanti al giudice che ha pronunciato la sentenza verso la quale si voleva proporre l'opposizione, ma si deve necessariamente intervenire nel giudizio di appello. Questo costituisce, secondo me, la conferma che il principio del doppio grado di giurisdizione non è costituzionalizzato, perché evidentemente qui il terzo, che è stato pretermesso nel primo giudizio, non solo non può fare opposizione, ma può solo intervenire direttamente nel giudizio d'appello che trova già preparato, nella sua latitudine, dai motivi proposti dall'appellante.

Per quanto riguarda il ricorso per cassazione, ho detto quali sono gli elementi di fondo: si richiama all'elaborazione della Cassazione in materia e non è uno strumento molto usato.

Possiamo dire che c'è qualche spazio interessante: ci sono state le pronunce, una anche recente delle sezioni unite, nel giugno 2010, a proposito del fatto che, ad esempio, la sentenza che abbia pronunciato sulla valutazione delle commissioni di concorso non costituisce un eccesso di potere giurisdizionale finché si tratta di valutazioni sulle quali si è soffermato il Consiglio di Stato e non ci sia una sostituzione nell'attività amministrativa in senso proprio da svolgere.

In un caso, ad esempio, la Cassazione ha ritenuto, invece, sussistere l'eccesso di potere giurisdizionale in un concorso per ricercatore che era stato annullato e in cui non solo il Rettore era stato incaricato di fare una nuova valutazione al posto della Commissione, ma, soprattutto, gli erano stati indicati i criteri ai quali attenersi nella valutazione stessa. Il Consiglio di Stato, in una sentenza del 2006 aveva, quindi, detto che c'era un profilo di eccesso di potere giurisdizionale e la Cassazione l'ha confermato.

Qualche profilo delicato si può delineare nell'ambito delle gare d'appalto, quando si tratta di valutazione di offerte anomale. Qui la giurisprudenza delle Sezioni Unite del 2005 distingue tra il potere di escludere perché c'è l'offerta anomala e il potere della valutazione tecnica, in cui il giudice amministrativo sostituisce la valutazione compiuta dall'amministrazione.

Un ultimo profilo di valutazione discrezionale è quello che riguarda i procedimenti disciplinari, dove la valutazione della rilevanza dei fatti ai fini della sospensione facoltativa spetta soltanto all'amministrazione e non può essere fatta dal giudice.

Cons. DE FRANCISCO

Sarò telegrafico, perché a questo punto devo parlare solo del giudizio di ottemperanza sul quale, sebbene ci sia tanto da dire, ci limiteremo a qualche breve cenno.

In realtà c'è una piccola novità nell'opposizione di terzo, ed è il secondo comma dell'articolo 108.

Quando la Corte costituzionale dichiarò incostituzionale la legge TAR nella parte in cui non prevedeva l'opposizione di terzo, questa sentenza, che ha introdotto nel processo amministrativo l'opposizione di terzo, è stata letta per lo più come additiva dell'opposizione di terzo cosiddetta "ordinaria", ossia quella che oggi è contenuta nel primo comma degli articoli 108 del cpa e 404 del cpc.

Non si ritiene che quella sentenza abbia anche introdotto l'opposizione di terzo cosiddetta "revocatoria", ovvero quella che oggi trovate invece nel secondo comma degli articoli 108 del cpa e 404 del cpc.

Si è discusso abbastanza sull'opportunità o meno di aggiungere anche questa seconda ipotesi di opposizione di terzo; alla fine, in realtà, è prevalsa l'idea che di questa norma ci sia un'applicazione così scarsa davanti al giudice ordinario, che forse inserirla non avrebbe creato problemi, e che il danno di aggiungere un nuovo strumento straordinario di impugnazione non sarebbe stato così grave, essendo poco applicata.

Dal punto di vista dogmatico e dottrinale, però, è indubbiamente una novità, e col secondo comma dell'art. 108 il codice ha introdotto un nuovo mezzo di impugnazione che prima il giudice amministrativo non conosceva.

Quanto all'ottemperanza, penso che la conosciate abbastanza bene.

Credo che l'amministrazione veda come un incubo il fatto che il giudice dell'ottemperanza dica che gli atti emanati sono nulli, perché violativi del giudicato o, ancora peggio, elusivi del giudicato.

Si credeva di aver ottemperato al giudicato; in realtà lo si era eluso, dunque il giudice dichiara nullo l'intervento provvedimentale: e può farlo senza termine, o meglio, entro il termine di dieci anni.

Come abbiamo visto l'altra volta, è stato introdotto un termine semestrale anche per l'esercizio dell'azione di accertamento della nullità; tuttavia, questo termine non si applica ai casi di atti emanati in violazione o in elusione del giudicato: il che significa che quest'ultima è una nullità vera.

Fino a che persiste l'*actio iudicati,* che ha durata decennale nel codice civile indipendentemente da quella che fosse la prescrizione più breve – si pensi alla prescrizione quinquennale del rapporto di lavoro – che avesse avuto il diritto prima della forma-

zione del giudicato, ogni diritto diventa soggetto a prescrizione decennale allorché il suo accertamento passa in giudicato.

Il giudice dell'ottemperanza ha potere di cognizione e di merito, e non c'è dubbio che lo debba avere, perché altrimenti non ci sarebbe nessuna possibilità di concreta satisfattività delle sentenze.

Tutto quello che non si può fare in cognizione, si può fare in ottemperanza: il giudice può fare tutto quello che ritiene opportuno, si può anche sostituire pienamente all'amministrazione.

Può farlo direttamente, oppure mediante un commissario *ad acta* che – risolvendosi vecchia questione in proposito – il Codice ha chiarito essere un ausiliario del giudice, e non già un organo straordinario dell'amministrazione.

La differenza è abbastanza importante dal punto di vista concettuale.

Se interviene un giudicato, l'amministrazione è obbligata a conformarsi al giudicato, quale che esso sia: del giudice ordinario o del giudice amministrativo, di un giudice speciale o, forse, anche di un decreto del Capo dello Stato che decida un ricorso straordinario.

Dico "forse" perché questo è stato escluso dalle Sezioni Unite fino a prima dell'entrata in vigore del Codice, però adesso ci sono due elementi nuovi che potrebbero indurre a pensare che sia stata introdotta per legge l'ottemperabilità delle decisioni emanate su ricorso straordinario, e questi due elementi sono:

a) il primo, nella legge 69/09, l'essere venuta meno la possibilità di decidere il ricorso straordinario in contrario avviso rispetto al parere del Consiglio di Stato;
b) il secondo, sempre nella legge 69/09, l'essere stato esplicitamente affermato, in concomitanza con la soppressione del contrario avviso, che il giudice del ricorso straordinario, che è in effetti il Consiglio di Stato in unico grado e in sede consultiva, può sollevare questioni di legittimità costituzionale.

Se può farlo, significa che è un organo giurisdizionale, perché ciò è scritto nella legge n. 87/53, che disciplina i giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale e che dice chiaramente che la QLC (questione di legittimità costituzionale) può essere sollevata solo da un organo giurisdizionale.

Si potrebbe obiettare che si tratta di una legge ordinaria, ma probabilmente non è vero: quella legge ordinaria è stata emanata in pari data con la legge costituzionale n. 1 dello stesso anno 1953, la quale, secondo la prevalente dottrina, l'ha costituzionalizzata, ossia la ha recepita assorbendo in sé la legge emanata per la prima attuazione del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Si ritiene dunque che la legge ordinaria n. 87/53 sia stata costituzionalizzata, perché recepita nella legge costituzionale n. 1/53.

Se questo è vero, quando il legislatore ordinario dice che un organo giudicante può sollevare una questione di legittimità costituzionale, inevitabilmente sta affermando che quell'organo è giurisdizionale.

Ovviamente il legislatore ordinario non può creare una nuova giurisdizione, altrimenti violerebbe il principio costituzionale che vieta l'introduzione di nuove giurisdizioni speciali; sicuramente, però, può revisionare giurisdizioni speciali preesistenti per adeguarle alla Costituzione, ed è ciò che può pensarsi essere avvenuto con la legge n. 69 per il ricorso straordinario al Capo dello Stato.

L'ulteriore argomento che può portare a opinare, sia pure in modo ovviamente non testuale, che l'ottemperanza si estenda anche alle decisioni emanate su ricorsi straordinari, è nell'articolo 112, lettera d, del Codice.

Se si confronta la lettera d con la lettera c dello stesso articolo 112, si può verificare che sono identiche, con la differenza che nella lettera c si parla di sentenze e altri provvedimenti del giudice ordinario ad esse equiparati – decreti ingiuntivi, convalide di sfratto e quant'altro – mentre nella lettera d si parla di sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti, ad esse equiparati, per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza.

Non c'è scritto, alla lettera d, «sentenze passate in giudicato e altri provvedimenti di altre giurisdizioni»; c'è scritto «sentenze e altri provvedimenti equiparati ad esse», cioè alle sentenze.

Questa formula non vincolante, nel senso che si può anche opinare diversamente, sembrerebbe contenere quell'apertura del giudizio di ottemperanza necessaria a sussumere dentro a questa fattispecie anche il decreto del Presidente della Repubblica che decide il ricorso straordinario.

In ordine all'ambito di applicazione, vorrei dire alcune cose più significative.

Innanzitutto, in sede di ottemperanza si può fare tutto: si può fare un nuovo provvedimento, si può modificarlo, si possono fare valutazioni di opportunità; il giudice può fare tutto quello che non ha fatto l'amministrazione.

Questo perché l'amministrazione era tenuta a eseguire il giudicato e non lo ha fatto, dunque ha abdicato al proprio potere/dovere di esercitare l'ambito di discrezionalità che le è proprio.

Se da una parte si può pensare – o, almeno, io lo penso – che il giudice della cognizione non possa in prima battuta sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio del potere discrezionale, perché ciò è insito nei principi costituzionali della divisione dei poteri (una sorta di "riserva di amministrazione", in favore dell'amministrazione pubblica), dall'altra parte però questa riserva di amministrazione, che impedirebbe al giudice della cognizione di sostituirsi nell'esercizio di poteri discrezionali, in sede di ottemperanza non c'è più: perché l'amministrazione ha avuto modo di eseguire il giudicato, come è doveroso che faccia, non lo ha fatto o lo ha fatto male, dunque a questo punto perde il potere per non averlo esercitato bene e tempestivamente.

Nulla impedisce che il giudice si sostituisca, anzi, lo impone il principio di effettività della tutela: se non ci fosse questa possibilità di sostituirsi all'amministrazione inerte o elusiva, non ci sarebbe effettività della tutela.

Se invece si ammettesse che il giudice possa sostituirsi all'amministrazione anche prima che questa abbia provveduto sulla materia, o che abbia esercitato quella discrezionalità residua che le resta ancora dopo il giudicato, allora forse ci sarebbe una violazione del principio della riserva di amministrazione; dunque una violazione indiretta del principio della divisione dei poteri.

Tale divisione trova base nel fatto che l'amministrazione, sia pure in via mediata, risponde in qualche misura alla sovranità popolare, perché dipende dal Governo il quale, a sua volta, per esistere ha bisogno della fiducia del Parlamento: dunque, in questo modo doppiamente mediato, l'amministrazione risponde alla sovranità popolare; alla quale invece non risponde affatto la giurisdizione la quale, in quanto attuazione pura del diritto, in nessun modo può essere, neppure indirettamente, sfiduciata dal cittadino elettore.

Se questo è vero, a mio avviso non è poi così scandaloso che il Codice non abbia introdotto espressamente un'azione di cognizione cosiddetta "di adempimento", ossia finalizzata ad accertare la spettanza o meno di un provvedimento prima che l'amministrazione si sia pronunciata sulla questione stessa (anche se molti altri pensano invece il contrario).

È probabilmente più congruente con i principi generali che il giudice intervenga, nelle materie in cui c'è da esercitare una discrezionalità, dopo la formazione di un giudicato amministrativo e il riscontro dell'inottemperanza dell'amministrazione a questo giudicato.

Si innesta in questo tema quello affrontato e risolto dal comma 4 dell'articolo 112, laddove si dice che nel processo di ottemperanza può essere altresì proposta la domanda risarcitoria di cui all'articolo 30, comma 5, nel termine ivi stabilito, ovvero sei mesi dal passaggio in giudicato della decisione di annullamento.

Il secondo periodo dello stesso comma dice che, in tal caso, il giudizio di ottemperanza si svolge nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario.

Prima del Codice c'era una questione aperta: se i danni si potessero o meno chiedere per la prima volta in sede di ottemperanza.

La soluzione prevalente diceva che in teoria non si può, perché sulla domanda risarcitoria il giudice pronuncia in sede di cognizione. È vero che il giudizio di ottemperanza si svolge con un misto di attività esecutiva e cognitoria, perché in qualche

modo completa sotto il profilo cognitorio ciò di cui ha conosciuto il giudice della cognizione, e per altro verso lo esegue una volta completatolo, se e in quanto serva di completarlo.

Tuttavia, l'idea che una domanda del tutto nuova, cioè quella risarcitoria, che va valutata dal giudice nell'*an* e nel *quantum,* si potesse svolgere direttamente in una sede che è precipuamente deputata a eseguire le decisioni e non a prenderle, lasciava delle perplessità non infondate.

La soluzione che si era radicata muoveva dal principio della riqualificabilità dell'azione da parte del giudice, principio che peraltro ora il Codice ha espressamente sancito.

È stata infatti introdotta una norma, secondo la quale il giudice può convertire una domanda in un'altra quando ne sussistano i presupposti di sostanza e di forma: si tratta dell'articolo 32, comma 2, che recita: «il giudice qualifica l'azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali» – e, dunque, non in base alla rubrica scritta nell'epigrafe del ricorso – «e, sussistendone i presupposti, può sempre disporre la conversione delle azioni».

Sicché, in applicazione di questo principio generale del diritto processuale, ma anche sostanziale (cfr. la c.d. conversione del negozio), si opinava che se il ricorso in ottemperanza fosse stato proposto al TAR, nei casi in cui questo fosse stato, per caso, di sua competenza (i casi indicati nell' articolo 113, comma 1: se si esegue una sentenza del TAR è competente il TAR; più vari altri casi), si poteva anche proporre la domanda risarcitoria, per la semplice ragione che, comunque, si trattava di un giudizio ordinario e che, sebbene non fosse di cognizione, ma di ottemperanza – cambiava poco – il giudice poteva esercitare in quella sede anche i poteri cognitori, dato che poi la sentenza, nella parte in cui decideva questioni di cognizione, era soggetta ad appello.

Non altrettanto si pensava invece con riferimento ai casi in cui, sempre per caso, era competente sul giudizio di ottemperanza il Consiglio di Stato in unico grado: perché ci sarebbe stata, in modo appunto casuale, una lesione del doppio grado; non che il principio del doppio grado sia da ritenere costituzionalizzato, ma non c'era alcuna norma che consentisse di proporre una domanda di cognizione in unico grado in questa specifica materia: sicché appariva scorretto pervenire a tale risultato in via meramente interpretativa.

Il comma 4 dell'articolo 112 sembra avere innovato rispetto a tale pregressa situazione perché, affermando che il giudizio di ottemperanza si svolge nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario, sembra voler dire che quando è proposta la domanda risarcitoria di cui al comma 5 dell'articolo 30, il giudizio è sempre di ottemperanza.

Dunque la competenza si radica secondo le norme dell'articolo 113 e, di conseguenza, potrebbe radicarsi benissimo in unico grado davanti al Consiglio di Stato.

Nondimeno, il giudizio di ottemperanza che contenga domanda risarcitoria si svolge nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario. Questo significa che, anziché svolgersi con il rito camerale con il quale normalmente si svolge il giudizio

di ottemperanza, si svolge in pubblica udienza; i termini non sono dimezzati, e l'affare è deciso con sentenza ordinaria – che solo eventualmente potrebbe essere resa in forma succinta, ai sensi dell'articolo 60 – laddove il giudizio di ottemperanza di norma si definisce con sentenza in forma semplificata, perché lo dice la legge.

Dunque cambia il *modus procedendi,* cambiano i termini, che non si dimezzano, ma nella sostanza non cambia la competenza del giudice.

Sembrerebbe dunque che, ora, il comma 4 dell'articolo 112 abbia chiarito che la domanda risarcitoria si può proporre anche nel giudizio di ottemperanza, anche qualora tale giudizio si svolga in unico grado.

Siamo dunque di fronte a una nuova e molto vistosa ipotesi di giudizio di cognizione in unico grado, sia pure innestato nell'ambito del giudizio di ottemperanza.

Un'ultima questione molto significativa che riguarda il giudizio di ottemperanza è quella che non si trova nel Codice.

Il Codice si limita a dire che il commissario *ad acta* è un ausiliario del giudice; ma, ovviamente, la scelta di ricorrere alla nomina del commissario *ad acta* è soltanto un modo di procedere da parte del giudice, il quale potrebbe benissimo pronunciare d'ufficio, lui stesso, il provvedimento amministrativo che di norma, per praticità, demanda invece al commissario *ad acta*.

Il vero problema, che non è risolto in modo compiuto dal Codice – perché sostanzialmente il Codice non se l'è sentita di esprimersi su una questione molto controversa quale è questa, quindi ha scelto di non scegliere e di lasciare dunque all'elaborazione giurisprudenziale il seguito – è quello della sede nella quale si debbano impugnare i provvedimenti emanati nel giudizio di ottemperanza dal commissario *ad acta*, ovvero anche dal giudice stesso.

Se un provvedimento è emanato dal commissario, *nulla quaestio* che se ne possa ridiscutere davanti al giudice.

Questo però è un principio generale, perché davanti al giudice si può sempre contestare la condotta del di lui ausiliario; anche quando il consulente tecnico d'ufficio ha avuto un abbaglio, prende una svista o la parte non lo condivide, è nel sistema che ci si possa rivolgere al giudice chiedendo una ripetizione delle operazioni o la sostituzione del consulente, o addirittura che il giudice scavalchi l'affermazione del consulente essendo egli stesso, come si suol dire, *peritus peritorum*.

Pertanto, non c'è alcun problema nel ritenere che il giudice dell'ottemperanza possa sempre sindacare ciò che ha fatto il suo commissario *ad acta*.

Il problema però è cosa succede degli atti che l'amministrazione assume fuori dal giudizio di ottemperanza per ottemperare alla sentenza.

Qui è abbastanza facile dare la risposta: l'opinione tradizionale, non sconfessata dal Codice, è nel senso che se l'atto che l'amministrazione ha posto in essere è contestato sotto il profilo della non corrispondenza del suo contenuto con il vincolo derivante dal giudicato, questo atto si censura in sede di ottemperanza, essendo un atto violativo del giudicato; il giudice dell'ottemperanza lo dichiara quindi nullo e provvede lui, in proprio o a mezzo commissario *ad acta*.

Se, invece, di questo atto adottato dall'amministrazione si contesta la non conformità al precetto legale, dunque si tratta di un profilo non esaminato dal giudice della cognizione la cui sentenza viene ottemperata, si dice che questo atto amministrativo andrebbe impugnato con un nuovo giudizio di cognizione in primo grado, nel rispetto dei termini di decadenza.

Se questa è la tesi tradizionale, e credo sia tuttora quella più in voga, essa presenta tuttavia qualche profilo di criticità, perché da qualche anno comincia ad affiorare la convinzione che, tra le parti di un giudizio di cognizione tra cui si sia formato un giudicato amministrativo, forse l'ottemperanza sia la sede più idonea per ogni verifica, anche per quelle che si ritiene – e si riteneva soprattutto in passato – debbano impugnarsi in primo grado in sede cognitoria, altrimenti l'esame di una stessa vicenda da parte del giudice rischia di diventare infinito.

Nella misura in cui sia vero che il giudizio è spostato dall' atto al rapporto, è un po' meno congruente dire che, se del rapporto il giudice ha già conosciuto, per alcuni profili di questo rapporto si debba fare un'impugnazione in primo grado.

Il profilo veramente dolente su cui il Codice ha pensato bene di non esprimersi in modo diretto è quello del regime di impugnazione dell'atto del commissario *ad acta,* che però, ripeto, è la stessa cosa rispetto all'impugnazione del medesimo atto ove fosse stato posto in essere dal giudice dell'ottemperanza.

Se anche l'amministrazione avesse un residuo potere discrezionale che non ha esercitato, e che dunque si è trasferito al giudice dell'ottemperanza, il quale, in proprio o a mezzo del commissario, lo ha esercitato, sarebbe forse stato un passo avanti nella direzione dell'effettività della tutela quello di dire che tutto questo potesse censurarsi esclusivamente davanti al giudice dell'ottemperanza e con il limite soggettivo delle parti.

Mi spiego meglio: quando un atto del giudice dell'ottemperanza o del suo commissario *ad acta* è contestato dalle parti tra le quali il giudicato si è formato, si potrebbe dire che siamo sempre e comunque in materia coperta da quel giudicato e, dunque, si dovrebbe poter contestare tutto questo solo in sede di ottemperanza, ovvero solo nei limiti in cui non si sia già formato, per effetto di una precedente decisione del giudice dell'ottemperanza, il giudicato sullo specifico punto o, meglio ancora, nella misura in cui il giudicato non si sia, nella sua formazione progressiva, esteso fino a coprire anche quello specifico punto.

Dopo di che, tutto ciò che avviene è incontestabile tra le parti.

Il giudicato, però, non esiste fuori dalle parti, non può esserci un giudicato che vincola i terzi.

Quando si parla di opposizione di terzo si dice, infatti, che il terzo è pregiudicato nei suoi diritti o interessi dal giudicato formatosi *inter alios*, non già perché quel giudicato per lui sia tale – giacché, se lo fosse, non potrebbe essere neanche legittimato a proporre l'opposizione di terzo – ma perché è un pregiudizio fattuale, dice la dottrina civilistica.

L'*apparentia iuris*, che attribuisce quel bene della vita a una delle parti della causa in cui si è formato il giudicato, lede indirettamente anche il terzo soggetto, rimasto estraneo al giudizio, che pure è il vero titolare di quella situazione giuridica soggettiva; perché la situazione appare spettante al primo soggetto solo perché quest'ultimo ha ottenuto quella utilità da un giudice in un processo contro il secondo soggetto; ma il processo tra i primi due soggetti non può ledere il terzo, dunque il giudicato nei confronti dei terzi non si forma proprio, perché ha dei limiti oggettivi e soggettivi.

I limiti oggettivi sono quelli che si ricavano dalla lettura della sentenza; i limiti soggettivi sono le parti del giudizio.

Tutto ciò non sempre è chiaro, nemmeno a molti operatori del processo.

Non c'è il giudicato nei confronti dei terzi; dunque non c'è il giudizio di ottemperanza nei confronti dei terzi; dunque non c'è la formazione progressiva del giudicato, che rende tutto inoppugnabile nei confronti dei terzi.

Il terzo soggetto può essere leso da un provvedimento emanato dal giudice dell'ottemperanza, dal commissario *ad acta* o anche dall'amministrazione che stia correttamente eseguendo quel giudicato, quindi da un atto non violativo né elusivo, bensì di corretta esecuzione.

Non sono soggetti terzi né le parti, ma neppure i loro eredi e aventi causa, ossia tutti coloro che rientrano nella generale previsione dell'articolo 2909 del codice civile, norma che individua i soggetti nei cui confronti si forma il giudicato.

Se il provvedimento emanato in una di queste sedi va a ledere situazioni giuridiche di soggetti terzi (ossia di soggetti diversi da quelli contemplati dal cit. art. 2909 c.c.), si sarebbe forse potuto affermare che costoro, non essendo soggetti al giudicato, non siano soggetti neanche al giudice dell'ottemperanza.

Con il corollario che il provvedimento reso dal giudice dell'ottemperanza, o dal commissario *ad acta*, pur essendo un provvedimento del giudice rispetto alle parti

del giudizio, prima di cognizione e poi di ottemperanza, va invece considerato un mero provvedimento amministrativo con riguardo ai terzi, proprio perché costoro non sono soggetti a quel giudicato.

L'ausiliario del giudice, ossia il commissario *ad acta*, va considerato un ausiliario solo per le parti del giudizio di ottemperanza; ma egli non è tale, o almeno non è altro che un organo straordinario dell'amministrazione, per i terzi.

Credo si possa andare oltre, e spingersi ad affermare, forse iconoclasticamente, che lo stesso giudice dell'ottemperanza, quando esercita la giurisdizione di merito sostituendosi all'amministrazione, va considerato alla stregua di un organo straordinario dell'amministrazione stessa, nei confronti dei terzi.

Se tutto questo si possa condividere, il Codice avrebbe potuto specificare che i provvedimenti del giudice dell'ottemperanza, o del commissario *ad acta*, si devono impugnare, ad opera delle parti soggette al giudicato, solo nell'ambito del giudizio di ottemperanza, dunque davanti al giudice se sono provvedimenti del commissario, o se la statuizione del giudice in materia non debba considerarsi ancora passata in giudicato (o, eventualmente, con la revocazione, se sussista un errore di fatto del giudice che li ha adottati); e che, fuori di tali casi, che non si impugnano più in alcun modo, in quanto coperti dal giudicato.

Viceversa, e al contrario, si sarebbe potuto chiarire che, da parte dei terzi non soggetti al giudicato, essi sono impugnabili sempre e comunque in primo grado, giacché la formazione di un giudicato tra due soggetti non può costituire, neanche indirettamente, una ragione di riduzione della tutela in capo ai terzi.

È vero, come ha già osservato l'avvocato Palmieri, che nell'opposizione di terzo si perde un grado, ma che il doppio grado non è costituzionalizzato.

Se invece si dicesse che, anziché perdere solo un grado, il terzo sia soggetto al giudicato formatosi nel giudizio di ottemperanza, di gradi al terzo ne avremmo sottratti due, cioè l'avremmo privato di ogni tutela e dello stesso diritto di difesa, il che ovviamente non è possibile.

Tutto questo, però, il Codice non se l'è sentita di affermarlo in modo netto, probabilmente perché ci possono essere in materia alcuni casi in cui possono residuare margini di opinabilità.

Credo, tuttavia, che sia questo il punto più aperto e dolente dell'ottemperanza: ossia il problema del rapporto di come tutte le attività di esecuzione – o di esecuzione mista a eventuale ulteriore cognizione – che si svolgono nel giudizio di ottemperanza ricadano sui terzi, senza inciderne il diritto di difesa.

Per fare un esempio abbastanza frequente, si pensi al caso in cui il giudice dell'ottemperanza, in sede di esecuzione di una sentenza, debba rilasciare un titolo abilitativo edilizio.

Quali sono gli ambiti di residua tutela del vicino? Egli non è stato parte di quel giudizio, che verteva sull'impugnazione di un diniego di rilascio.

Non si può certamente pensare che il vicino sia soggetto al giudicato.

Dunque, a prescindere dal giudicato, ogni impugnativa deve essergli concessa.

Oppure, peggio ancora: si pensi al caso in cui il giudicato imponga all'amministrazione di emanare un atto regolamentare; infiniti destinatari non determinati, né *ex ante, né ex post,* saranno soggetti a quell'atto regolamentare.

In sede di ottemperanza, in un caso di tal genere, il Consiglio di Stato una quindicina di anni fa scrisse (per mano ovviamente di un garibaldino, quale era ed è Riccardo Virgilio) un regolamento, credo fosse della SIAE.

A tutti i terzi assoggettati a quel regolamento non si potrà certo dire che ogni cosa scritta dal giudice dell'ottemperanza di propria mano, cioè nella sentenza di ottemperanza, sia da considerare giudicato, perché lo è solo per le parti.

Concludo, quindi, nel senso che i terzi debbano in ogni caso poter impugnare quel regolamento in primo grado, come se fosse un normale atto amministrativo: per loro, in effetti, esso va considerato tale.

Si tratta, del resto, di una mera applicazione del principio generalissimo della relatività dei rapporti giuridici: ciò che è vincolante per determinati soggetti, va invece considerato alla stregua di un mero fatto giuridico per i terzi.

È il c.d. principio della opponibilità, ovverosia della rilevanza solo entro un determinato ambito soggettivo, di un certo atto giuridico.

Dunque, tutto quello che in ottemperanza è vincolante ed è giudicato per le parti, nei confronti dei terzi è da considerare, a mio avviso, come un normale provvedimento amministrativo; e dovrebbe dunque sottrarsi al limite dell'ottemperanza quale unico rimedio esperibile.

Avv. PALMIERI

Il quinto comma dell'articolo 112 dice: «il ricorso di cui al presente articolo può essere proposto anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza».

Devo dire che io, all'inizio, la vedevo come una norma molto simile a quella prevista dall'articolo 612 del Codice di procedura civile, che consente di chiedere al giudice i provvedimenti idonei per farsi chiarire come dare esecuzione a una sentenza.

Me lo ricordo perché in un caso molto particolare, in cui davanti al giudice del lavoro era stata dichiarata l'illegittimità di un diniego di permanenza in servizio di un dirigente generale, si disse che l'amministrazione ovviamente era soccombente, e la

sentenza finiva lì. La persona, tuttavia, non poteva essere integrata perché il posto non era più presente in organico e, poiché nella sentenza non erano dettate altre modalità, io ho fatto un ricorso *ex* articolo 612 e il giudice ha dato disposizione che fosse reintegrato in una posizione per equivalente, dando quindi una disposizione concreta.

Mi chiedevo quindi se questa norma del quinto comma dell'articolo 112 potesse essere interpretata come una norma di simile estensione normativa, cioè se il ricorso eventualmente potesse farlo anche l'amministrazione, per avere chiarimenti sulle modalità con le quali bisogna dare ottemperanza ed esecuzione alla sentenza.

Tuttavia, rileggendola mi ponevo un dubbio, perché dice «il ricorso di cui al presente articolo», che comincia dicendo che «i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione. L'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione». L'amministrazione che fa ricorso non vuole conseguire l'attuazione.

Cons. DE FRANCISCO

Credo invece che la risposta dovrebbe essere positiva.

Proverei a negare proprio l'ultima asserzione, cioè che l'amministrazione non voglia conseguire l'attuazione.

Noi, in teoria, dovremmo pensare a un'amministrazione che punti ad applicare il diritto, non a difendere il proprio provvedimento a oltranza.

Dunque, se noi pensiamo a un'amministrazione che, in buona fede, ha emanato un provvedimento che il giudice ha opinato essere illegittimo e lei, come è suo dovere, ritiene di volersi conformare al giudicato, anche se diverso da quello che aveva ritenuto in sede provvedimentale, può però trovarsi nella difficoltà di comprendere come farlo, magari semplicemente perché la sentenza non lo dice o perché è scritta male.

Quel *quid* di cognizione che ci può essere nel giudizio di ottemperanza, e che lo rende diverso dal giudizio di esecuzione civile, può anche essere legato a un deficit di contenuto della sentenza da eseguire.

Questo, peraltro, accade anche davanti al giudice civile: quei pochi che hanno fatto esecuzioni civili si rendono più facilmente conto dei limiti in cui è incorso il collega che ha scritto la sentenze che, poi, la sezione esecuzione deve eseguire.

L'amministrazione, come è suo dovere, deve eseguire il giudicato e deve capire come farlo; o, meglio, deve capire, tra più modalità alternative, quale sia il modo più corretto, fermo restando che se è una questione di discrezionalità la deve esercitare lei.

Se, invece, ha dubbi su quali siano i profili di diritto vincolanti per l'esercizio di quella discrezionalità, io credo che senz'altro l'amministrazione possa proporre il giudizio di ottemperanza ai sensi del comma 5.

Questa norma secondo me va letta anche insieme al comma 7 dell'articolo 114, che è stato scritto recependo una prassi.

Spesso è il commissario *ad acta* che non sa come agire; sicché scrive una lettera al giudice dell'ottemperanza che, poiché non può rispondergli a sua volta con una lettera, fissa l'udienza e convoca le parti mandando loro gli avvisi.

Le parti sono già costituite, perché lo sono nel giudizio di ottemperanza.

Forse a qualcuno può sfuggire che il giudizio di ottemperanza, diversamente da quello di cognizione, di norma non si esaurisce definitivamente con la pronuncia di una sentenza.

Spesso la sentenza reca la nomina il commissario *ad acta*, ma in pratica l'effetto utile, in termini di satisfattività per il ricorrente, non si realizza; sicché la parte interessata fa una nuova istanza, e il giudice fissa una nuova udienza e provvede ulteriormente, secondo quanto risulta volta a volta più opportuno.

Dunque il giudizio di ottemperanza, a differenza di quello di cognizione, spesso procede attraverso una serie successiva di udienze e di sentenze, inframmezzate da attività del commissario *ad acta*; il quale, a volte, neppure lui sa esattamente che pesci prendere, e perciò chiede al giudice cosa debba fare.

In tal caso, il giudice fissa un'apposita udienza e provvede ai sensi del comma 7 dell'articolo 114.

È proprio la parola «"anche" su richiesta del commissario» che consente di ritenere che ciò si possa fare, altresì, "anche" su richiesta del soggetto tenuto a ottemperare la sentenza (cioè di quello che nel processo civile si chiamerebbe esecutato).

In effetti, se l'amministrazione ha emanato un provvedimento, che poi ha difeso, senza riuscirvi, nel processo di cognizione in cui è risultata soccombente, è del tutto fisiologico – prescindendo da soggettivi profili psicologici, che ovviamente possono anche essere diversi e opposti – che in sede di ottemperanza l'amministrazione stesssa debba continuare a fare ciò che dovrebbe fare sempre, cioè applicare il diritto.

Questo implica il dover esercitare gli ambiti di discrezionalità che le sono propri e che, secondo me, sono, anche costituzionalmente, in qualche misura riservati alla stessa amministrazione; ma, per il resto, significa dover eseguire il giudicato.

Se, dunque, all'amministrazione non sia del tutto chiaro come ciò debba farsi, e voglia ottenere puntuali chiarimenti in proposito, non vedo difficoltà a che essa si rivolga al giudice dell'ottemperanza, chiedendo come vada eseguito il giudicato.

Oggettivamente, le modalità di attuazione potrebbero non essere chiare.

Oppure, la sentenza potrebbe risultare lacunosa su qualche punto, non necessariamente per colpa del giudice, ma anche perché, magari, determinati motivi di ricorso non sono stati proposti, quindi ci sono dei profili che ancora sono rimasti oscuri o sono impregiudicati, sicché sono ancora aperti.

Avv. PALMIERI

Mi viene in mente il terzo comma dell'articolo 112, che dice che può essere proposta anche azione di condanna al pagamento e azione di risarcimento dei danni derivanti dalla mancata esecuzione, violazione o elusione del giudicato. Pertanto, se la possibilità di fare ricorso è consentita anche all'amministrazione, questo potrebbe servire a paralizzare la richiesta di danni successivi.

Cons. DE FRANCISCO

O, quanto meno, a limitare i danni, per evitare di incorrere in responsabilità ulteriori. Sicuramente.

A questo proposito, forse merita di essere specificamente menzionato il comma 4, lettera e, dell'articolo 114, perché ivi si è deciso, dopo una discreta discussione, di introdurre una norma del tutto analoga al nuovo articolo 614-bis del codice di procedura civile.

Ci si era chiesto se con l'amministrazione avrebbe potuto funzionare, ma alla fine si è optato per il sì.

In sostanza, questa disposizione aggiunge ai poteri di cognizione diretta e sostitutivi che ha il giudice dell'ottemperanza, anche un potere di coazione indiretta.

In pratica: se non devi fare qualche cosa e invece lo fai, o se devi fare qualche cosa e invece non lo fai, il giudice ha oggi la possibilità di condannarti a pagare una somma di denaro, equitativamente determinata, per ogni giorno che passa senza che venga fatto quello che si dovrebbe, ovvero una somma per ogni volta che si faccia ciò che non si sarebbe dovuto fare.

Ovviamente la norma si attaglia a casi abbastanza specifici, ma diciamo che può essere un utile completamento di tutela.

In altri ordinamenti giuridici, l'ottemperanza non è conosciuta come sostituzione diretta del giudice all'amministrazione, perché sono ordinamenti più sensibili del nostro alla riserva di amministrazione e conoscono dunque solo i mezzi di coazione indiretta, ossia le famose *astreintes* del diritto francese.

Se guardiamo più lontano, o più indietro, troviamo la *condemnatio* necessariamente pecuniaria del processo *per formulas* del diritto romano, nella quale, siccome c'era una concezione sacrale della proprietà quiritaria, non si concepiva che il *pater familias* potesse essere coattivamente assoggettato a esecuzione in forma specifica, ma

lo si coartava in modo indiretto mediante l'obbligo di pagare somme di denaro se non avesse tenuto quella specifica condotta che la sentenza gli imponeva.

In realtà, in ogni ordinamento giuridico, la sola coazione diretta che non può mancare è quella dell'espropriazione dei beni del debitore che non adempie al pagamento di un credito pecuniario.

Se manca quella – come di fatto accade in qualche realtà italiana in cui non funzionano gli uffici esecutivi dei Tribunali – il diritto è totalmente ineseguibile.

Diversamente, se è presente ed effettiva quella forma di tutela, cioè l'espropriazione dei beni del debitore per la soddisfazione dei diritti patrimoniali del creditore, tutto il resto si può convertire in quella forma di esecuzione perché, come ci dimostra anche questa norma del giudizio di ottemperanza, ossia l'articolo 114, comma 4, lettera e), anche un obbligo di *facere* infungibile si può trasformale in un debito di denaro, mediante strumenti di coazione indiretta (c.d. astreintes) che lo monetizzino.

Nel nostro caso, però, tale strumento non surroga l'ordinario strumentario del giudizio di ottemperanza, volto ad assicurare una soddisfazione per così dire "in forma specifica, ma si aggiunge ad esso.

Accanto al giudizio di ottemperanza – che è uno strumento di coazione diretta che mira direttamente, per mezzo del giudice o del suo ausiliario, a modificare la realtà (giuridica e materiale) mediante l'emanazione dei provvedimenti (e relativa concreta esecuzione) in luogo dell'amministrazione – oggi si aggiunge anche l'obbligazione del pagamento di somme di denaro, a fronte della condotta inottemperante dell'amministrazione che non faccia quello che dovrebbe fare, ovvero che faccia ciò che non dovrebbe fare, in violazione del contenuto del giudicato.

I riti speciali e cenni al contenzioso sulle operazioni elettorali

CAPITOLO
QUARTO

I riti speciali e cenni al contenzioso sulle operazioni elettorali

Trascrizione della lezione tenutasi il 17 dicembre 2010 presso la Sala polifunzionale della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in materia di decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104

Intervento della D.ssa Emanuela LORIA

Il nuovo Codice del processo amministrativo e, quasi simultaneamente, il decreto legislativo D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53 di attuazione della direttiva 2007/66/CE, hanno profondamente innovato il rito dinanzi al Giudice amministrativo, in alcuni casi al punto da introdurre delle trasformazioni che sono ancora da vagliare e da sperimentare e che si riflettono sullo stesso ruolo e sulla funzione del Giudice amministrativo all'interno del sistema giurisdizionale e nei confronti degli altri poteri dello Stato, in particolare della pubblica amministrazione.

La parte del decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104, contenuta nel Libro IV in commento, è solo apparentemente residuale.

Nella trattazione verrà effettuata un'inversione rispetto al modo in cui il legislatore ha articolato il Libro IV, perché il Titolo V di questo Libro (e segnatamente gli articoli 119 e 120), contiene alcune novità che non sono soltanto rilevanti per il nuovo processo amministrativo, ma costituiscono anche gli elementi maggiormente innovativi del decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104 (nuovo codice del processo amministrativo).

I due articoli testé citati trattano dei "riti abbreviati relativi a speciali materie": così recita la rubrica del Titolo V.

Ciò che immediatamente viene quasi plasticamente in rilievo dalla citata rubrica è che il legislatore ha fatto subito riferimento a un criterio di specialità delle controversie, che trovano ivi la loro disciplina.

La legge delega 18 giugno 2009 n. 69, relativamente ai riti speciali aveva previsto quale criterio per il legislatore delegato il riordino, il riaccorpamento e la razionalizzazione.

In effetti, dalla prima lettura dell'articolo 119 si nota immediatamente che vi è un raggruppamento della disciplina rinveniente da varie fonti normative relativamente ad alcuni riti speciali attribuiti, nel corso degli anni, alla cognizione del Giudice amministrativo.

La circostanza che tali riti fossero rinvenibili in fonti normative diverse e che fossero stati disciplinati attribuendone la competenza al Giudice amministrativo per sopperire a esigenze di tutela e di difesa sorte in tempi tra loro differenziati, aveva comportato anche la conseguenza che ciascuno di essi presentasse delle sue specificità e che non vi fosse, quindi, un rito unitario ma una variegata congerie di riti speciali.

Il decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104 si propone di riunificarli sotto un unico rito abbreviato che, infatti, viene definito "rito abbreviato comune a determinate materie".

Si rileva incidentalmente che in quest'opera di razionalizzazione e di sfrondamento, sono stati abrogati (articolo 2 dell'allegato 4), taluni riti che erano stati attribuiti al Giudice amministrativo e che però, nella maggior parte dei casi, erano pressocché caduti in desuetudine o che, di fatto, non erano mai stati attivati.

Dunque, l'articolo 119 si caratterizza per quest'opera di razionalizzazione e di raggruppamento di riti speciali, già attribuiti al Giudice amministrativo da fonti normative diversificate, a cui d'ora innanzi si applicherà un unico rito, sia pure avente i caratteri di specialità che di seguito si andranno a esaminare.

L'analisi della disposizione porta a individuare undici tipologie di controversie, che sono descritte in modo assai ampio e che si prestano anche a ampliamenti interpretativi: si pensi, ad esempio, ai "provvedimenti relativi alle procedure di privatizzazione o di dismissione di imprese o di beni pubblici", nonché a quelli relativi alla "costituzione, modificazione o soppressione di società, aziende o istituzioni da parte degli enti locali". Si tratta di settori descritti dal legislatore delegato in modo assai ampio, nei quali, conseguentemente, il rito speciale può trovare applicazione a tutta una serie di provvedimenti a cascata che riguardano ciascuno di questi specifici ambiti.

Le tre peculiarità del rito speciale ai sensi dell'art. 119

1. La prima peculiarità di tale rito rispetto a quello ordinario consiste in un dimezzamento dei termini sancito dal comma 2, il quale afferma che, rispetto al rito ordinario, "tutti i termini processuali ordinari sono dimezzati".

Nel testo normativo, in immediata successione viene indicata l'eccezione alla citata regola, ove si legge: *«salvo che, nei giudizi di primo grado, quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti, nonché quelli di cui all'articolo 62, comma 1, e quelli espressamente disciplinati nel presente articolo»*.

Viene subito in rilievo la forte incidenza della formulazione derogatoria rispetto al previsto dimezzamento, giacché rimangono fermi i termini ordinari per quanto riguarda la notificazione del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti.

Ci si chiede, dunque, quali siano i termini che vengono realmente dimezzati.

Trattasi di quelli cosiddetti "interni" come, ad esempio e in particolare, i termini per il deposito. Dunque: il ricorso continua a dover essere notificato nel termine di 60 giorni dalla conoscenza dell'atto, quindi nel termine ordinario; il deposito non andrà più effettuato nel termine di 30 giorni ma di 15; analogamente, il dimezzamento opererà per il deposito del ricorso incidentale e per i motivi aggiunti.

In proposito, è opportuno fare subito anche una breve notazione nonché digressione in chiave problematica: dalla lettura del Codice si evince che, in generale, esiste un problema di rapporto tra il rito ordinario processuale, i riti speciali e il cumulo di domande.

Il Codice cerca di dare soluzione a questo intrecciarsi di riti tra di loro con l'articolo 32, il quale prevede che sia sempre possibile, nello stesso giudizio, avere un cumulo di domande; se però le azioni relative a queste domande sono di tipo diverso, si applica il rito ordinario, salvo quanto previsto dai capi I e II del Titolo V del Libro IV.

In altre parole, si individua una sorta di preminenza del rito ordinario, ma anche una specialità degli ulteriori riti che, quindi, prevalgono rispetto ad esso. Pertanto, quando nell'ambito di uno stesso ricorso siano proposte più domande che devono seguire riti speciali – in particolare quelli del Titolo V del Libro IV – si applicheranno i riti speciali, che quindi hanno la preminenza.

In base al comma 2 dell'articolo 32, sarà il Giudice a dover qualificare il tipo di azione che prevale: quindi, in ipotesi prevarrà l'azione di tipo speciale ove, naturalmente, le domande siano inquadrabili nel tipo di azione del Titolo V del Libro IV.

Sussistendone i presupposti, il Giudice provvederà alla riconversione del rito.

Si prenda, ad esempio, la materia degli appalti: se viene proposta un'impugnativa avverso un atto di esclusione da un procedimento di gara e, contestualmente il ricorrente impugna anche una norma del regolamento sulle procedure di gara della stazione appaltante (impugnativa che dovrebbe seguire il rito ordinario), verrà riconvertita l'azione e verrà seguito il rito speciale anche per la parte del ricorso che si riferisce alla richiesta di annullamento delle norma del regolamento.

Pertanto, questo è il tipo di rapporto disegnato dal legislatore tra le varie azioni. Si può presumere l'esistenza di problematiche applicative perché, comunque, il rapporto tra le varie tipologie di azioni dovrà essere sciolto da parte del Giudice, con una necessaria e perspicua opera di interpretazione degli atti processuali alla luce, in particolare, dell'articolo 32.

2. Conclusa tale breve digressione sui rapporti tra le azioni, una seconda eccentricità rilevabile del rito abbreviato di cui all'articolo 119 (oltre al dimezzamento dei termini interni di cui si è trattato), è il cosiddetto "rito abbreviato eventuale", ovvero quello

che viene disciplinato dal comma 3 e che è definito eventuale perché può – o non può – originare dalla proposizione della domanda cautelare.

Cosa si vuole significare ? Quando nell'ambito delle materie coperte dall'art. 119 è proposto il ricorso con allegata l'istanza cautelare, il Giudice deve effettuare una prima delibazione riguardo alla fondatezza del ricorso – oltre che, naturalmente e, si direbbe, tradizionalmente, rispetto al pregiudizio grave ed irreparabile – e, ove ravvisi la sussistenza del *fumus boni iuris* deve fissare, con ordinanza, la data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di 30 giorni dalla data di deposito dell'ordinanza.

Si tratta, senz'altro, di una misura acceleratoria del rito, che presume una delibazione del Giudice che si appunta precipuamente sulla fondatezza del ricorso.

Da notare, a tale proposito, che una caratteristica del nuovo giudizio cautelare, in generale, è quella per cui vi è una tendenza legislativa a far valutare da subito e prevalentemente il *fumus boni iuris*. La *ratio,* alla luce del principio di effettività della tutela del cittadino dinanzi alla pubblica amministrazione, è evitare che, attraverso una pronuncia cautelare fondata solo sulla valutazione del pregiudizio grave irreparabile si arrivi successivamente a una pronuncia di merito che, rivalutato *funditus* il merito della pretesa fatta valere, smentisca l'ordinanza cautelare quando ormai, essendo trascorso del tempo, la situazione di fatto è stata modificata proprio in forza degli esiti del giudizio cautelare.

Alla luce del principio di effettività della tutela e di concentrazione, che si ritrova nei principi generali del decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104, si tende a trasformare il rito cautelare in un rito ordinario, cioè con una fissazione del merito a brevissimo termine. Ciò è previsto per qualsiasi tipologia di azione anche dall'articolo 55, commi 3 e 5, tant'è che si è sottolineato il fatto che l'articolo 119, comma 3, rispetto al rito ordinario ha una valenza innovativa abbastanza dubbia, nel senso che vi è comunque, già nella norma di carattere generale, una preferenza per la fissazione immediata dell'udienza pubblica in cui si deciderà il merito a brevissimo termine rispetto alla Camera di consiglio in cui è stata decisa l'istanza cautelare.

3. Una ulteriore particolarità di questa tipologia di rito abbreviato di cui all'articolo 119 riguarda la pubblicazione del dispositivo, disciplinata dal comma 5.

Sembra, in proposito, che vi sia un passo indietro rispetto alla previgente disposizione dell'articolo 23 bis, introdotto dalla legge 21 luglio 2000 n. 205 nel corpo della legge 6 dicembre 1971 n. 1034. Questa disposizione prevedeva una prima

forma di rito abbreviato relativo a determinate materie: non tutte quelle attualmente indicate nell'articolo 119, ma comunque, in qualche modo riprese dall'articolo 119, che ha come proprio riferimento l'articolo 23 bis, a cui è chiaramente ispirato.

Quella prima sperimentazione di rito abbreviato prevedeva l'obbligatorietà della pubblicazione del dispositivo da parte del Giudice entro sette giorni dall'udienza di merito, quindi dall'udienza di discussione del ricorso.

Il comma 5, nella versione vigente, sottopone la pubblicazione del dispositivo alla condizione che sia almeno una delle parti a richiederla; quindi, per il Giudice non è più un obbligo pubblicare il dispositivo entro sette giorni dalla decisione, ma diventa un elemento sottoposto alla richiesta di parte.

Un'altra particolarità relativa a questa disposizione è che, in realtà, il termine per la pubblicazione del dispositivo non deve andare oltre sette giorni dalla decisione della causa, mentre la norma del 23 bis parlava di sette giorni dall'udienza. Ciò implica il fatto che, poiché il Giudice può riservarsi la decisione, ai sensi di un'altra norma del Codice – l'articolo 75: «la decisione può essere differita a una delle successive Camere di consiglio» – il termine di sette giorni per la pubblicazione del dispositivo a domanda di parte nel rito dell'articolo 119 non decorre dall'udienza pubblica, ma dalla decisione della causa.

Pertanto, se il Giudice si è riservato la decisione ai sensi dell'articolo 75 e fissa nuovamente la Camera di consiglio ad altra data, il termine decorrerà dall'ulteriore data in cui la causa viene effettivamente decisa, e non da quella in cui è formalmente stata iscritta nel ruolo.

Il dispositivo è immediatamente impugnabile al Consiglio di Stato, che può pronunciarsi già sul dispositivo anche se, com'è evidente, in assenza delle motivazioni (che saranno pubblicate soltanto al momento del deposito della sentenza), mancherà un elemento fondamentale per poter decidere sulla correttezza della soluzione sancita dal Giudice di primo grado.

Anche nei confronti dell'appello del dispositivo il termine è dimezzato, perché è stabilito in 30 giorni dalla pubblicazione. In questo caso, la parte si riserverà di proporre, entro ulteriori 30 giorni dalla notifica della sentenza, i motivi di appello.

Un'ultima notazione:l'ultimo comma dell'articolo 119 dispone che le disposizioni in esso indicate si applichino anche nei giudizi di appello.

In conclusione, relativamente all'articolo 119, sembra potersi affermare che le novità nel rito processuale introdotte da tale disposizione non sono particolarmente eccentriche rispetto al rito ordinario, giacché, a parte la dimidiazione dei termini interni – quelli di deposito del ricorso principale incidentale e dei motivi aggiunti – gli altri due elementi innovativi sono soltanto eventuali: il primo è quello del comma 3, cioè la fissazione a brevissimo termine, entro 30 giorni, dell'udienza di merito, solo però ove si ravvisino elementi di fondatezza molto rilevanti del ricorso (si tratta, pertanto, di una novità, eventuale, sempre rimessa all'apprezzamento del Giudice); l'altro, la pubblicazione del dispositivo entro sette giorni, questa costruita dal legislatore come facoltà della parte.

Il rito processuale ai sensi dell'articolo 120

Ciò che invece appare segnare in modo maggiormente innovativo l'intera impostazione del Codice è, in modo indubbio, il contenuto (o, per meglio dire, i contenuti) dell'articolo 120. Tale articolo, che concerne sempre le "speciali controversie" a cui fa riferimento la rubrica del Titolo V, si coordina, da un lato, con il decreto legislativo n. 53/10 che ha attuato la direttiva 2007/66/CE; dall'altro, con il Codice dei contratti pubblici, ossia il decreto legislativo n. 163/06.

Si tratta di una parte realmente innovativa del Codice, sia in relazione alla tipologia di rito – perché si ha una vera e propria accelerazione dei termini anche per proporre il ricorso –, sia quanto ai poteri cognitori e decisori del Giudice. Si riscontra un effettivo ampliamento di detti poteri.

Quanto ad ambito oggettivo di applicazione, la norma dell'articolo 120 fa riferimento agli atti delle varie procedure di affidamento in materia di lavori, servizi e forniture; quindi, si applica agli atti conclusivi di queste procedure di affidamento, nonché ai provvedimenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, ad eccezione degli atti organizzativi interni.

Una prima novità, che si ritrova in questa come in altre disposizioni del Codice – ad esempio in materia elettorale – è che non è più possibile impugnare tali atti con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ma gli stessi possono essere impugnati unicamente mediante ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale competente. Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, che pure era stato ancora mantenuto dal Codice dei contratti pubblici, non è stato più ritenuto compatibile con la ristrettezza dei tempi, quindi con la concentrazione della tutela che il legislatore ha voluto imprimere al tipo di rito in materia di appalti.

Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica implica, infatti, che l'impugnativa possa avvenire nel termine di 120 giorni, spazio temporale eccessivamente dilatato per questo tipo di controversie, che per la loro rilevanza nel tessuto economico sono riguardate con una particolare attenzione sia dal legislatore nazionale che da quello europeo.

Un'analoga esclusione dell'esperibilità del ricorso al Presidente della Repubblica è sancita per quanto concerne il ricorso in materia elettorale, caratterizzato anch'esso da una ristrettezza dei tempi poichè in tal caso c'è una tutela ancora più concentrata che, come appare evidente, non si concilia con i tempi del ricorso straordinario.

Una delle novità principali del rito disegnato dall'articolo 120 si riscontra nel comma 5, in materia di dimezzamento dei termini: il dimezzamento riguarda tutta la "storia processuale" della causa dalla proposizione del ricorso principale ai motivi aggiunti.

Il ricorso deve essere proposto nel termine di 30 giorni. La decorrenza è stata fissata dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo n. 163/06.

Il *dies a quo* è correlato con la disposizione dell'articolo 79 del decreto legislativo 163/2006 (c.d. Codice dei contratti pubblici), a mente del quale la pubblica amministrazione deve dare comunicazione non solo all'aggiudicatario, ma anche agli altri partecipanti alla procedura di gara, del fatto che ha affidato e quindi concluso, il procedimento di gara.

Dalla comunicazione del provvedimento di affidamento decorre il termine di 30 giorni per proporre ricorso.

Sul punto, peraltro, si è verificata una "svista" del legislatore delegato, immediatamente segnalata dai commentatori oltre che dal mondo forense, relativamente alla mancata indicazione del dimezzamento del termine per quanto concerne il ricorso incidentale.

Si tratta, in realtà, di una "smagliatura" piuttosto grave, perché pone in una condizione di disparità di trattamento il ricorrente principale – che è presumibilmente colui che non è riuscito ad aggiudicarsi l'affidamento, in quanto posposto nell'aggiudicazione – rispetto all'aggiudicatario, che si trova già in una condizione di vantaggio sostanziale e che, in questo modo, ha anche l'ulteriore *favor* di poter depositare il ricorso incidentale in un termine più lungo.

È evidente che si tratta di un difetto di coordinamento del Codice che dovrà trovare una sua soluzione in un lasso di tempo ragionevole, prevedendo il termine dimezzato anche per il ricorso incidentale.

In relazione a tale disposizione si è aperta una ulteriore problematica in relazione ai motivi aggiunti del ricorso incidentale: ci si è chiesti se per i motivi aggiunti al ricorso incidentale valga, al momento, il termine di 60 giorni ordinario, quindi se i motivi aggiunti al ricorso incidentale seguano la disciplina generale del ricorso incidentale o se, invece, per i motivi aggiunti al ricorso incidentale si possa affermare che si applica il termine di 30 giorni, il che appare invero difficile sostenere, atteso il richiamo contenuto nella norma del comma 3 dell'articolo 120, che recita: *«salvo quanto previsto dal presente articolo e dai successivi, si applica l'articolo 119»*. Pertanto, in forza del richiamo all'articolo 119, che esclude il dimezzamento del termine per il ricorso incidentale, non si può affermare in via interpretativa che, sulla base delle norme vigenti, il ricorso incidentale e i relativi motivi aggiunti possano essere notificati nel termine dimezzato.

Quanto al primo punto di novità del rito, può affermarsi che il giudizio è accelerato quanto meno in relazione alla proposizione del ricorso principale e dei motivi ad esso aggiunti.

È stata, inoltre, prevista l'ulteriore accelerazione della fissazione dell'udienza di merito. Infatti, il comma 6 afferma che, quando il giudizio non è immediatamente

definito, ai sensi dell'articolo 60, l'udienza di merito è immediatamente fissata d'ufficio con assoluta priorità. L'articolo 60 è l'articolo che, in generale, disciplina la possibilità che, all'esito dell'istanza cautelare, il Giudice, ove ravvisi elementi di fondatezza del ricorso o anche elementi di una sua palese infondatezza, inammissibilità o improcedibilità, possa definirlo immediatamente con sentenza in forma semplificata.

La norma del comma 6 sembra affermare che, quando il giudizio non è immediatamente definibile in tal modo (quindi anche quando non vi è una palese fondatezza o infondatezza, inammissibilità o improcedibilità del ricorso), la causa in materia di appalti e di relative procedure di affidamento deve essere definita con assoluta priorità.

Il legislatore, in tal modo, ha impresso un'accelerazione molto forte a questo tipo di rito.

Ci si interroga sul significato dell'espressione: *"assoluta priorità"*.

Si tratta di una di quelle formule generali da cui è piuttosto chiaramente evincibile che s'intende conferire una tutela molto ravvicinata alle parti in causa e in particolare al proponente il ricorso, ma che sono piuttosto generiche tanto da non dare una precisa indicazione sul quando la causa deve essere effettivamente fissata. Del resto, ciò è comprensibile alla luce del fatto che, pur trattandosi di riti molto peculiari, ai quali il legislatore riserva chiaramente una "corsia preferenziale", tutti gli interessi devono trovare una rapida e efficace tutela per cui non è possibile sancire una preferenza assoluta di fissazione per le cause in materia di appalti pubblici.

In definitiva, se pure è vero che il legislatore ha deciso di imprimere alla tipologia di controversie in materia di appalti una definizione molto rapida per gli interessi economici che ad esse sono sottesi, il principio di parità di trattamento esige che vengano adeguatamente trattati anche i ricorsi riguardanti materie estranee a tale ambito.

L'"assoluta priorità" potrà, quindi, determinare qualche problema nella fissazione delle cause anche se appare un'espressione sufficientemente ampia da consentire all'organizzazione dei Tribunali di trovare il modo per contemperare la sollecita fissazione delle controversie in materia di appalti compatibilmente con le altre tipologie di cause.

Una ulteriore diversità rispetto al rito ordinario e anche rispetto al rito dell'articolo 119, riguarda il dispositivo della sentenza con la quale il Tribunale definisce il giudizio: in tal caso, è pubblicato entro sette giorni obbligatoriamente. In questo caso,

non è un adempimento connesso a un'istanza di parte, ma è un vero e proprio obbligo del Giudice pubblicare il dispositivo entro sette giorni, proprio al fine di avere, in una materia delicata quale quella degli appalti, una stabilità quasi immediata della situazione di fatto, consentendo all'amministrazione di sapere se deve procedere o meno alla stipula del contratto.

Peraltro, anche in questa tipologia di rito, il dispositivo è pubblicato entro sette giorni dalla data della sua deliberazione, quindi anche in tal caso, non più dalla data dell'udienza pubblica di discussione – come anche nell'articolo 119 – ma dalla data della deliberazione in Camera di consiglio che, come abbiamo visto, può anche essere rinviata per approfondimenti delle questioni sottoposte al vaglio del Giudice.

Rapporti tra il Codice e il decreto legislativo n. 53/10

In termini di valutazioni conclusive e generali sul rito speciale delineato dall'articolo 120, sembra potersi affermare che il decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104 ha colto l'occasione per effettuare in *subiecta* materia una vera e propria riorganizzazione sistematica.

Infatti, come elemento sistematico, deve essere tenuto presente che, pochi mesi prima dell'emanazione del Codice era entrato in vigore il D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53 di attuazione della direttiva 2007/66/CE, emanato nei tempi ristretti dovuti al termine di scadenza dell'attuazione della stessa direttiva, al fine di evitare la messa in mora dello Stato italiano.

Le istanze comunitarie sottese alla 2007/66/CE erano quanto meno due.

La prima: assicurare una tutela effettiva, concentrata e quindi il più possibile rapida in materia di *public procurement*.

La seconda: garantire che non ci fosse una mutazione delle condizioni di fatto nel periodo di tempo necessario alla decisione del ricorso, e che pertanto l'amministrazione non potesse portare ad esecuzione un affidamento contrattuale, eventualmente illegittimo, in ragione del tempo oggettivamente necessario, in base al sistema processuale di ogni Stato membro, per decidere i ricorsi in tale materia.

La preoccupazione del legislatore europeo della Direttiva 2007/66/CE è quella di tutelare la concorrenza degli operatori nel mercato unico e, come diretta conseguenza, di costruire un sistema in cui gli operatori economici, che si spostano da Stato a Stato per partecipare ai procedimenti di gara indetti dai differenti Stati membri, possano avere certezza del fatto che le loro ragioni, proposte in un giudizio dinanzi a un Giudice terzo, siano non solo adeguatamente vagliate, ma lo siano in tempi rapidi, e che la situazione fattuale, nelle more del tempo necessario per la decisione, non muti.

Questa *ratio* di efficienza, di concentrazione e di garanzia effettiva della tutela giurisdizionale è stata trasposta nella Direttiva europea e quindi nell'ordinamento nazionale, con il cosiddetto istituto dello *stand still*, termine anglosassone che designa l'obbligo dell'amministrazione aggiudicatrice di non stipulare il contratto per un

determinato periodo di tempo, che, di norma, è quello necessario per proporre ricorso e ottenere un pronunciamento giurisdizionale più o meno definitivo.

Ciò proprio con la precipua finalità di evitare che i diritti dei terzi vengano lesi, nelle more delle definizione della causa, in maniera pressoché irreparabile, e che non rimanga altro da fare se non chiedere il risarcimento del danno (magari solo per equivalente), il cui oggetto può tuttavia non essere di interesse (o non essere l'interesse principale) di chi propone un ricorso in materia di aggiudicazione di una gara pubblica.

La direttiva 2007/66/CE prevedeva che gli ordinamenti nazionali, a loro volta, sancissero un termine in cui l'amministrazione non può stipulare; lasciava tuttavia agli Stati membri la possibilità di stabilire la durata del termine, in relazione alle differenti organizzazioni giurisdizionali di ogni singolo Stato.

In linea astratta, quindi, il legislatore nazionale poteva optare per la soluzione di non far stipulare il contratto fino alla decisione di merito; il legislatore interno non ha effettuato tale scelta in quanto il termine risultava eccessivamente lungo anche in relazione alla notoria litigiosità del sistema, che comporta l'iscrizione di un grande numero di cause sui ruoli dei Tribunali, difficilmente definibili con sentenza in tempi rapidi, in considerazione delle numerose problematiche organizzative degli stessi.

Pertanto, la scelta del legislatore che ha dato luogo all'attuazione della direttiva 2007/66/CE nell'ordinamento italiano è stata di fissare il termine di *stand still* fino alla pronuncia del Giudice sull'istanza cautelare.

La scansione temporale è la seguente: l'organo giurisdizionale a cui arriva il ricorso in materia di aggiudicazione con allegata l'istanza cautelare deve fissare entro 20 giorni la Camera di consiglio per la discussione della citata istanza; nel frattempo, la parte ricorrente ha l'onere di depositare entro un termine abbreviato il ricorso, dopo di che l'amministrazione non può stipulare il contratto per 35 giorni, perché si presume che tra il ventesimo giorno, che è quello entro cui si deve realizzare la notifica, e gli altri dieci giorni necessari al deposito del ricorso, venga fissata la Camera di consiglio per la decisione dell'istanza cautelare, e il Giudice deliberi sulla medesima; se essa è respinta, l'amministrazione può stipulare il contratto al compimento del trentacinquesimo giorno.

Se, viceversa, l'istanza cautelare è accolta dal Giudice, il giudizio deve essere fissato prioritariamente, quindi si avrà a breve una decisione del ricorso nel merito. La decisione, in tali casi, è tendenzialmente anticipata dall'accoglimento dell'istanza di sospensiva. L'amministrazione, quindi, in quel caso, per non incorrere in responsa-

bilità amministrative, disciplinari o di altra natura dovrà soprassedere in ordine alla stipula del contratto.

Su questo impianto normativo – che ha implicato anche un parziale trasloco delle disposizioni del decreto legislativo n. 53/10 nel Codice dei contratti pubblici – e su questa esigenza, sentita a livello comunitario e nazionale, di assicurare una tutela efficiente, concentrata e rapida, sono poi confluite altre due istanze che, invece, erano particolarmente sentite nell'ordinamento interno.

La prima riguardava il problema della giurisdizione in materia di conseguenze, rispetto al contratto stipulato, dell'annullamento degli atti di aggiudicazione, ovverossia cosa avviene quando il Giudice amministrativo annulla una procedura di gara per difetti propri della stessa e il contratto è però già stato stipulato. Si poneva la questione di quale fosse il Giudice competente a decidere della sorte del contratto.

A proposito di questa tematica, la Suprema Corte di Cassazione ha, già con la sentenza n. 500 dell'anno 1999, riconosciuto la risarcibilità degli interessi legittimi, aprendo in tal guisa nuove prospettive per il soggetto che eventualmente si trovasse ad avere ottenuto l'accoglimento di un ricorso, senza tuttavia riuscire a ottenere il bene della vita a cui aspirava – *id est* l'aggiudicazione della gara – nei termini del risarcimento in forma specifica.

La problematica della giurisdizione sulla sorte del contratto aveva occupato gli operatori del diritto – in particolare la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato, oltre al mondo forense e alla dottrina – e erano state avanzate una serie di variegate soluzioni.

La questione aveva determinato, inoltre, un contrasto giurisprudenziale, in quanto anche la Corte di Cassazione, in una pluralità di pronunciamenti, aveva ritenuto che la sorte del contratto ricadesse nella giurisdizione del giudice ordinario.

La tesi originaria da cui questo scaturiva tale soluzione è che, nella fase contrattuale, si è ormai in un contesto paritario tra pubblica amministrazione e privato contraente per cui non vi sarebbero più posizioni di interesse legittimo, ma di diritto soggettivo.

Di conseguenza, alla luce del riparto costituzionale tra le giurisdizioni basato sulla posizione di interesse legittimo ovvero di diritto soggettivo, si riteneva che fino all'aggiudicazione trovasse luogo la giurisdizione del Giudice amministrativo, mentre dal momento dell'aggiudicazione e della stipula del contratto in poi avesse spazio la giurisdizione del Giudice ordinario.

Dato per acquisito questo criterio di riparto, si opinava che anche sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento degli atti di gara (oltre che nelle normali controversie scaturenti dalla vera e propria esecuzione contrattuale) aveva giurisdizione il Giudice ordinario.

Il Consiglio di Stato, invero, assunse una diversa e opposta soluzione (quella della giurisdizione in capo al Giudice amministrativo); da qui il contrasto giurisprudenziale.

Il decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104 ha colto l'occasione per sciogliere almeno momentaneamente il "nodo", in quanto assegna al Giudice amministrativo, tra le

materie di giurisdizione esclusiva,– articolo 133, lettera e), numero 1– le controversie relative alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, svolti da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria, ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative.

Come si evince dalla citata disposizione, il legislatore ha effettuato uno sforzo per estendere la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo a tutte le possibili controversie che possono verificarsi in questo ambito, cercando, tra l'altro, anche di fare propria l'esperienza applicativa dell'ultimo decennio; in particolare, si risente l'eco del dibattito sull'organismo di diritto pubblico, nella norma che recita «svolte da soggetti comunque tenuti nella scelta del contraente o del socio all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica».

Negli anni trascorsi, l'istituto dell'organismo di diritto pubblico, di derivazione comunitaria è stato oggetto del dibattito giurisprudenziale oltre che dottrinale, poiché, essendo mutata sotto il profilo soggettivo, l'organizzazione della pubblica amministrazione (anche a seguito delle procedure di privatizzazione) e avendo le direttive comunitarie introdotto un concetto più ampio della stessa applicabile in tutti gli ordinamenti degli Stati membri, la nozione giuridica di diritto interno si è inevitabilmente ampliata, giungendo alla conclusione per cui pubbliche amministrazioni sono tutte quelle tenute al rispetto della normativa comunitaria e delle procedure ad evidenza pubblica, intese come quelle caratterizzate necessariamente dai principi di trasparenza, pubblicità e accesso, che nel tempo le fonti sovranazionali hanno sancito in modo sempre più stringente per tutti gli Stati membri.

Dunque, con la codificazione in materia di appalti pubblici nell'ambito del Codice del processo amministrativo, in particolare con la norma dell'articolo 133, è stata risolta una questione aperta nell'ordinamento interno fissando il principio della giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo anche sulle questioni risarcitorie e sulla sorte del contratto.

Un'altra delle istanze, che pure aveva originato un dibattito protrattosi e sviluppato nel tempo in varie direzioni, a cui il Codice ha dato soluzione, riguarda la identificazione della categoria giuridica sotto la quale deve essere sussunta la caducazione del contratto, ovvero se si debba ricondurre il fenomeno alla categoria della nullità, annullabilità ovvero dell'inefficacia.

Queste testé citate erano state le tre opzioni giurisprudenziali e dottrinali che si erano alternate nel tempo, con possibili variabili interne, e che avevano dato origine ad un dibattito che aveva a lungo occupato gli operatori del settore.

Dare una connotazione dogmatica di nullità, di annullabilità o di inefficacia ha, com'è evidente, conseguenze di ampio spettro: dalla identificazione dei soggetti che possono impugnare l'aggiudicazione – e quindi chiedere che il contratto venga annullato –, alla materia di poteri d'ufficio del Giudice (all'inquadramento nella categoria della nullità a seguito di aggiudicazione dichiarata illegittima, farebbe seguito il potere del Giudice di dichiararlo *ex officio*). Dal diverso inquadramento dogmatico nelle categorie civilistiche del contratto da caducare a seguito dell'aggiudicazione dichiarata illegittima derivavano pertanto una serie di ricadute e di diversificate prospettazioni, aventi la loro origine negli istituti civilistici, da trasporsi nel diritto amministrativo.

Il Codice, in modo armonico rispetto alla direttiva 2007/66/CE, ritiene di utilizzare la locuzione di "inefficacia del contratto" e di sposare la relativa tesi.

Il decreto legislativo di attuazione della direttiva si riferiva alla "perdita di efficacia del contratto", con ciò il legislatore nazionale superando i vari dubbi che vi erano soprattutto in materia di nullità e annullabilità – categorie sicuramente più definite rispetto a quella dell'inefficacia – e optando per l'ipotesi intermedia che, in giurisprudenza, era stata già accolta e supportata da alcune pronunce dei Tribunali Amministrativi Regionali e del Consiglio di Stato.

La disposizione dell'articolo 121 innesta la misura sanzionatoria dell'inefficacia del contratto, che interviene quando vengono annullati gli atti di gara.

Poiché si tratta di una conseguenza particolarmente seria, il legislatore nazionale l'ha circoscritta in un ambito limitato.

Il decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104 ha stabilito una gradazione di violazioni, a cui consegue in modo più o meno automatico la sanzione dell'inefficacia del contratto pronunciata dal Giudice.

Alla grave violazione corrisponde una minore discrezionalità del Giudice nel sancire l'inefficacia del contratto, con una pronuncia di inefficacia che è, salvo alcune deroghe, automatica.

Le gravi violazioni sono enunciate nell'articolo 121, lettere a), b), c) e d), con una ulteriore graduazione al loro interno; il legislatore, nella valutazione della "gravità" si rifà a quella già effettuata a livello di fonti comunitarie, per cui sono particolarmente gravi le violazioni attinenti la mancata pubblicità del bando e degli avvisi di gara.

Il diritto europeo dà una particolare connotazione di serietà a questo genere di violazioni, proprio perché il sistema richiede la massima trasparenza possibile e quindi una pubblicità a tutto campo dei pubblici affidamenti e, di conseguenza, i bandi e gli avvisi di gara, soprattutto al di sopra della soglia comunitaria, devono avere la più ampia diffusione secondo le modalità fissate dalle direttive: non garantirla è una grave violazione.

Le lettere c) e d) riguardando il mancato rispetto del termine di *stand still* prima di stipulare il contratto, altra violazione grave nel sistema del diritto europeo dei contratti pubblici.

Le violazioni alla pubblicità indicate nelle lettere a) e b) non comportano sostanzialmente quasi nessuna valutazione da parte del Giudice sull'inefficacia del contratto. La norma è chiara: se è stata omessa l'obbligatoria pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o della Repubblica italiana, il Giudice deve dichiarare inefficace il contratto stipulato a valle di quella procedura di gara.

Nelle ipotesi disciplinate dalle lettere c) e d), sussiste una sia pure minima discrezionalità del Giudice nello stabilire se il contratto va dichiarato inefficace o meno giacché la formula, in particolare della lettera c), introduce una ulteriore condizione, ossia che la grave violazione al termine di *stand still* deve aver privato il ricorrente della possibilità di avvalersi dei mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto, sempre che tale violazione abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva.

La norma affida al giudice una valutazione che, pur essendo limitata entro taluni confini, permette comunque di sindacare ulteriori vizi propri dell'aggiudicazione definitiva.

Per arrivare a dichiarare l'inefficacia del contratto devono sussistere anche questi ulteriori vizi, che andranno investigati del Giudice sempre nell'ambito dei motivi di ricorso che gli vengono prospettati.

Comunque, si introducono taluni elementi di valutazione che ampliano la discrezionalità decisionale del Giudice in ordine alla sorte del contratto. Analogamente, per quanto concerne la lettera d).

Anche in presenza delle "gravi violazioni", di cui si è testè scritto, il comma 2 dell'articolo 121 prevede che il contratto resti efficace quando vi siano delle esigenze imperative connesse a un interesse generale che impone che gli effetti del contratto siano mantenuti.

Il legislatore si preoccupa anche di stabilire, con formule ampie soggette al lavoro interpretativo del Giudice, quali sono le esigenze imperative, affermando, ad esempio, che gli interessi economici possono essere presi in considerazione come tali solo in circostanze eccezionali.

Sia pure con una serie di delimitazioni, si ampliano le eccezioni alla dichiarazione di inefficacia, in quanto si ritiene che, vertendo in materia di pubblici affidamenti, la

sanzione del venire meno del contratto è una conseguenza estremamente grave, che occorre limitare ai casi in cui effettivamente merita.

L'articolo 122 elenca casi di gravità minori, o meglio, di "violazioni non gravi nella procedura di affidamento".

In questi casi, si perviene, comunque, ad una pronuncia di accoglimento del ricorso e, quindi, ad un annullamento degli atti di gara; ma in questo caso il Giudice ha un potere molto ampio nello stabilire se il contratto va dichiarato inefficace o meno, e può eventualmente anche fissare la decorrenza dell'annullamento nell'ipotesi in cui il contratto abbia già avuto un inizio di esecuzione, dalla qual cosa deriveranno questioni da risolvere in merito alla quantificazione del risarcimento del danno per equivalente.

Nei casi in cui il contratto viene considerato efficace anche in presenza delle violazioni di legge e quindi di una aggiudicazione ritenuta illegittima, è previsto che si applichino le sanzioni pecuniarie indicate dall'articolo 123 a parziale compensazione e tutela del ricorrente principale.

Il parere del Consiglio di Stato sulla prima stesura del decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104 aveva sconsigliato che l'applicazione e l'irrogazione di queste sanzioni alternative forse affidata al Giudice amministrativo, in quanto la naturale giurisdizione in materia sanzionatoria non appartiene al Giudice amministrativo, bensì all'ordinario.

Nel dibattito anteriore all'emanazione sono state valutate svariate opzioni, Anche valutando la possibilità di fare irrogare le sanzioni all'Autorità sui contratti pubblici, come del resto era divisato nel parere dello stesso supremo Consesso della Giustizia amministrativa.

Tuttavia, il legislatore, ha optato per la vista soluzione sia in quanto l'Autorità sui contratti pubblici non ha le caratteristiche di un organo giurisdizionale, ma, in particolare, in omaggio al principio di concentrazione della tutela, per cui è stato preferito ricondurre in capo al Giudice amministrativo anche l'irrogazione delle sanzioni pecuniarie alternative dell'articolo 123.

Il Giudice deve valutare sia l'*an* della irrogazione della sanzione sia il *quantum* tra un minimo ed un massimo, in relazione alla gravità della violazione.

Sono quindi previste, al comma 2, alcune garanzie nell'irrogazione delle sanzioni: dovrà essere rispettato il principio del contraddittorio e il Giudice dovrà determinarne la misura in modo che siano effettive, dissuasive e proporzionate al valore del contratto, oltre che alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera da essa svolta per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione.

C'è, dunque, una discrezionalità del Giudice limitata da taluni "paletti"; e tuttavia si tratta di un ambito di competenza assolutamente inedito rispetto al precedente sistema.

Si vedranno le prime esperienze applicative della nuova potestà dell'organo giudicante.

La clausola finale del comma 3 costituisce una formula di favore per il mantenimento del contratto, in quanto afferma che il Giudice applica le sanzioni anche quando il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio o senza rispettare la sospensione della stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso, qualora però la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi dei mezzi di ricorso prima della stipula del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento. In questo caso si tratta di un'ipotesi di gravità intermedia rispetto alle ipotesi a), b), c) e d) dell'articolo 121 e rispetto all'ipotesi di violazione non grave di cui all'articolo 122.

C'è una sorta di tripartizione in cui si ha l'impressione che, alla fine, l'inefficacia del contratto verrà attuata solo per le ipotesi più gravi, ricollegate alla violazione di istituti di origine comunitaria.

Il Giudice amministrativo ha giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'articolo 133, comma 1, lettera e), anche sul risarcimento del danno perché può esservi l'annullamento degli atti di gara ma non la caducazione del contratto, per cui il ricorrente può richiedere il risarcimento del danno per equivalente, anche in subordine rispetto al risarcimento in forma specifica in ipotesi di contratto non ancora stipulato. Può anche chiedere di subentrare nel corso dell'esecuzione del contratto già in essere, con il riconoscimento del risarcimento per equivalente per la parte già andata ad esecuzione.

Anche l'articolo 124, che si riferisce alla tutela in forma specifica e per equivalente, ha avuto una gestazione piuttosto complessa, poiché incide su interessi economici rilevanti e su equilibri di finanza pubblica.

La norma sembra stabilire che la parte debba espressamente richiedere, in primo luogo, il risarcimento in forma specifica. Solo ove il risarcimento in forma specifica sia ormai impossibile perché il contratto, ad esempio, è andato a totale esecuzione, allora in quel caso è previsto il risarcimento monetario per equivalente. Questo *favor* del legislatore per il risarcimento in forma specifica, emerge plasticamente dal comma 2 dell'articolo 124, dove si afferma che la condotta della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1 – ossia la domanda di conseguire l'aggiudicazione – o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal Giudice ai sensi dell'articolo 1227 del Codice civile, riguardante la responsabilità del creditore nell'adempimento del debitore. Entrambe le parti devono comportarsi secondo buona fede, ed anche il creditore deve favorire, per quanto possibile, l'adempimento del debitore e non renderlo maggiormente difficoltoso, pena una sua responsabilità contrattuale.

Dunque, la parte deve, in primo luogo, chiedere l'annullamento dell'aggiudicazione e comunque fare istanza di subentro nel contratto, ove sia ancora possibile; c'è quindi un chiaro *favor* del legislatore delegato per l'adempimento in forma specifica.

Ove la parte non chieda il risarcimento in forma specifica, il Giudice potrà valutare questa omissione di domanda come una sorta di disinteresse nei confronti della commessa pubblica che rimane ancora da eseguire, quindi potrà disporre un risarcimento per equivalente in misura minore rispetto a quello che sarebbe stato se fosse invece stato chiesto in primo luogo di subentrare nel contratto.

Il risarcimento del danno per equivalente esige che il danno sia "subìto e provato".

Ciò richiama gli articoli del Codice civile in materia di "prova del danno" e di dimostrazione dell'entità dello stesso.

Le questioni relative al risarcimento del danno non costituiscono il "*proprium*" del Giudice amministrativo, in quanto la materia è da sempre connessa alla giurisdizione in materia di diritti soggettivi, affidata al Giudice ordinario.

L'esperienza applicativa porterà a verificare se verrà mantenuto il tradizionale criterio del 10% del valore del contratto elaborato sulla base della vecchia norma del capitolato speciale sui lavori pubblici ovvero se il Giudice amministrativo sarà portato a confrontarsi con una più elaborata metodologia risarcitoria in relazione alla molteplice casistica elaborata dal Codice in materia di caducazione del contratto.

Il Titolo V si conclude con la norma dell'articolo 125, che riguarda le disposizioni processuali particolari relative alle infrastrutture strategiche.

Fin dall'inizio degli anni 2000 il legislatore, in considerazione delle esigenze di realizzazione di talune infrastrutture strategiche su base nazionale, ha previsto un regime derogatorio rispetto a quello ordinario, sancendo che il Giudice debba avere una particolare attenzione, in fase cautelare, per l'interesse pubblico rivestito dalla pronta realizzazione di tale tipologia di opere pubbliche, motivando sul punto.

Questa previsione è stata introdotta, in un primo momento, dal decreto legislativo n. 190/02, il quale aveva istituito questa sorta di doppio binario relativamente alle infrastrutture strategiche.

È stata in parte ripresa dal comma 2 dell'articolo 125 del decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104, che fa riferimento proprio alla valutazione che il Giudice deve effettuare in ordine a tutti gli interessi che possono eventualmente essere lesi in esito al provvedimento cautelare di accoglimento, al preminente interesse nazionale e alla sollecita realizzazione dell'opera.

Inoltre, il Giudice deve valutare anche l'irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente.

Si tratta, quindi, di una valutazione complessa e comparativa tra l'interesse pubblico nazionale, la valutazione dell'opera e l'irreparabilità del danno.

Qualche commentatore ha effettuato un raffronto tra questa disposizione e quella previgente, e ha notato che in quella previgente si faceva espresso riferimento alla motivazione dell'ordinanza cautelare come se il Giudice dovesse esternare questa

ponderazione e questa valutazione, cosa che sembra essere, invece, più implicita in ques'ultima disposizione, quasi che il Giudice non fosse più tenuto a esternare questo tipo di comparazione effettuata in Camera di consiglio.

Il Giudice dovrà evidentemente compiere il massimo sforzo per esternare le motivazioni in punto di interesse pubblico.

Il comma 3 dell'articolo 125 prevede che, ai ricorsi in materia di infrastrutture strategiche nazionali, non si applichino i casi di caducazione del contratto riconnessi alle violazioni non gravi, ovvero i casi riconnessi alle violazioni in cui è affidato al Giudice stabilire se il contratto deve essere dichiarato inefficace oppure no; ove si tratti di infrastrutture strategiche, invece, il legislatore stabilisce che il contratto comunque perdura, non può essere dichiarato inefficace, con un evidente *favor* verso la continuità dell'azione amministrativa in relazione a questo tipo di opere che si presume siano particolarmente rilevanti per l'interesse nazionale.

Vi è inoltre una norma transitoria del Codice che, in relazione alle infrastrutture strategiche, fa salve le procedure, relative a queste opere, per le quali sono stati nominati i commissari per la loro realizzazione –ordinariamente nominati dal Governo – ovvero quelle per le quali i commissari saranno nominati entro 90 giorni dall'applicazione del Codice.

Questa disposizione appare di dubbia compatibilità comunitaria, poiché implica che si continui ad applicare, per un periodo di tempo piuttosto lungo, il regime previgente, il quale non prevedeva la possibilità di dichiarare inefficace il contratto. Si tratta di opere che hanno tempi di realizzazione mediamente piuttosto lunghi e per le quali i commissari, o sono stati appena nominati all'entrata in vigore del Codice, o potevano essere nominati entro 90 giorni dalla sua emanazione.

Conclusivamente, sembra potersi affermare con ragionevole certezza che gli articoli 119 e da 120 a 125 rappresentano una delle patti più innovative del Codice, e ciò con particolare riguardo alle disposizioni relative ai procedimenti in materia di procedure di affidamento, perché sembrano sostanzialmente mutare profondamente il giudizio amministrativo, con esiti che portano alla dichiarazione di inefficacia del contratto intercorso fra la pubblica amministrazione e i privati, alla possibilità di risarcire il danno, a poter dichiarare se un contratto è efficace e se lo è *ex nunc* o *ex tunc*, e infine fino a poter irrogare sanzioni pecuniarie.

Il rito sull'ottemperanza

L'art. 134 comma 1 lettera a) riserva alla giurisdizione del giudice amministrativo estesa al merito le controversie in materia di ottemperanza, statuizione questa da

cui discende che, con la sentenza che definisce il giudizio di ottemperanza, il giudice, in caso di accoglimento del ricorso, nei limiti della domanda, "adotta un nuovo atto, ovvero modifica o riforma quello impugnato", (lettera d) art. 34).

Nella vigente disciplina il giudizio di ottemperanza ha natura in parte di cognizione e in parte di esecuzione estesa la merito (Cons. di Stato IV sez. 25 giugno 2010 n. 4131).

S'intende affermare che, da un lato il giudizio prosegue nell'esecuzione l'azione di cognizione a cui esso si riconnette: infatti, talvolta la *norma agendi* fissata nel giudizio di cognizione è una regola implicita e incompleta che spetta al giudice dell'ottemperanza rendere certa e eseguibile; dall'altro lato l'ottemperanza non è solo mera esecuzione del giudicato, ma è soprattutto l'accertamento della mancata e/o integrale soddisfazione dell'interesse a suo tempo azionato dalla parte vittoriosa. Il giudizio di ottemperanza serve a far conseguire quanto statuito nel giudizio cognitorio e quindi ha la funzione di arricchire, pur restandone condizionato, il contenuto vincolante della sentenza da ottemperare. Così nel caso di giudicati di condanna, il giudizio di ottemperanza ha natura pressoché di solo giudizio esecutivo, in altri casi serve a fornire indicazioni su come effettuare o porre direttamente in essere operazioni materiali o più atti giuridici di più stretta esecuzione del giudicato, in altri casi mira a far concretamente conseguire l'utilità imposta da detto giudicato.

Il Codice all'art. 112, comma 2, parla di far "conseguire l'attuazione", che sta a significare che il giudice dell'ottemperanza deve statuire fintantoché il bene della vita contestato non sia appreso dalla parte vittoriosa nell'ambito del giudizio di cognizione.

Da ciò deriva anche l'innovativa disposizione che prevede (comma 5) il ricorso per l'ottemperanza può essere proposto anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità dell'ottemperanza anche ove i quesiti siano posti direttamente dal commissario (articolo 114 commi 6 e 7).

Legittimati ad agire in ottemperanza: si deve ritenere che, oltre alle parti che hanno partecipato al giudizio di cognizione concluso con la pronuncia da ottemperare possano adire il giudice dell'ottemperanza anche tutti quei soggetti che godono comunque dell'effetto indivisibile del giudicato perché incidente su fattispecie a contenuto inscindibile su una pluralità unitaria di destinatari (Cons. Stato V, 19 novembre 2009 n. 7249) per cui la legittimazione dei terzi estranei sussiste quando il giudicato incida su un atto indivisibile con una pluralità di destinatari e sia inscindibile in una pluralità di determinazioni autonome. Del resto, ciò corrisponde alla definizione di cosa giudicata data dall'art. 2909 c.c. per cui l'accertamento contenuto nel giudicato fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa.

Giova ricordare che il codice ha risolto l'annosa questione circa la natura del commissario *ad acta* chiarendo, ai sensi dell'art. 21, che si tratta di un ausiliario del giudice a cui si applicano le norme relativa alla ricusazione dei consulenti.

Vi è, in tal senso, una concentrazione nell'organo giudicante di ogni potere di risoluzione di tutte le questioni inerenti l'ottemperanza ai sensi dell'art. 114 comma 6.

La scelta di collocare il Commissario tra gli organi ausiliari del Giudice ha, come suo corollario, che la pubblica amministrazione, una volta insediatosi il commissario nelle sue funzioni, non può più esercitare alcun potere verificandosi il definitivo trasferimento dei poteri; gli atti del Commissario non sono pertanto retrattabili da parte della P.A., che non può agire in autotutela rispetto ad essi.

La P.A. e le altre parti potranno eventualmente agire con il rimedio di cui all'articolo 112, comma 5, ossia chiedere e ottenere chiarimenti in ordine alle modalità dell'ottemperanza.

In tal senso, viene interpretato il principio giurisprudenziale per cui la natura del giudizio di ottemperanza è "mista", di esecuzione e di cognizione, in quanto i profili dell'esecuzione si ampliano o, per meglio dire, si manifestano solo per vedere come risolvere le questioni a fronte di sopravvenienze di fatto o di diritto nonché le domande accessorie.

La disciplina del g.o. prevede anche un'ipotesi di conversione del rito nel caso in cui nel processo venga proposta la domanda risarcitoria, in quanto, in tal caso, il giudizio si converte nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario – comma 4 art. 112. Questo aspetto, invero, sembra non essere un *"proprium"* del giudizio di ottemperanza perché riguarda in generale i poteri del Giudice nella giurisdizione estesa al merito, ai sensi dell'art. 7 comma 6: "Il giudice amm.vo, nell'esercizio della giurisdizione di merito, può sostituirsi all'amministrazione"e art. 134 lett. a).

Il limite dei poteri del giudice nel giudizio ordinario è costituito da quanto statuito nella sentenza ottemperanda, per cui non potrà stabilire un "*quid novi*" rispetto ad essa. I dati giuridici devono essere già contenuti nel *decisum* della sentenza da eseguire, sempre con il limite di cui all'articolo 34 comma 2. "In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati".

In fondo, il giudizio di ottemperanza presenta alcune similarità rispetto all'azione esecutiva (anche se il giudice nell'azione esecutiva civile effettua valutazioni preliminari in ordine all'esistenza, alla validità e all'efficacia attuale del titolo), in quanto il giudice dell'ottemperanza ha di fronte, come presupposto necessario, l'esistenza di un titolo da realizzare, obiettivo questo per il quale esercita quei poteri di eventuale cognizione incidentale occorrenti per conseguire, in base alle norme *agendi* poste dal giudicato, l'*utilitas* spettante alla parte vittoriosa.

Il giudice conduce una verifica nell'ambito dello stesso quadro giuridico e fattuale che ha costituito il substrato della vicenda portata alla sua attenzione nel giudizio di cognizione, con una delicata attività di interpretazione del giudicato sulla base del *"petitum – causa petendi – motivi – decisum"*. L'art. 114, comma 4, lettera a)

dà al Giudice dell'ottemperanza il potere d'intervenire negli spazi vuoti lasciati dalla sentenza. Ciò serve solo a dare effettività di tutela alla parte vittoriosa, in ossequio al principio di cui all'art. 7, comma 7, CPA, ma non a ricreare un giudizio cognitorio.

La sentenza quindi non aggiungerà nulla di nuovo a quanto deciso con il giudicato.

L'art. 112 formalizza il principio, già investigato dalla giurisprudenza costituzionale, della natura pienamente contenziosa del giudizio di ottemperanza, da cui deriva la necessità del pieno rispetto del principio del contraddittorio, ai sensi dell'art. 114, comma 1.

In proposito, è stata eliminata la previa diffida e messa in mora dell'amministrazione, finora obbligatoria, pur potendo comunque essere effettuate e essere quindi considerate facoltative.

Oggetto del giudizio di ottemperanza possono essere, oltre alle sentenze passate in giudicato, anche i giudicati del giudice ordinario e dei giudici speciali per i quali non sia previsto il rimedio dell'esecuzione davanti agli stessi nonché è stato aggiunto il caso dell'esecuzione dei lodi arbitrali, oltre alle decisioni la cui cogenza è equiparata a quella delle sentenze del Consiglio di Stato irrevocabili e ciò per dare applicazione agli articoli 6 e 123 della Convenzione europea dei diritti umani.

Com'è ovvio per l'esecuzione delle sentenze dei giudici ordinari e speciali e dei lodi arbitrali divenuti inoppugnabili, il presupposto indispensabile è che sia stata parte del giudizio una pubblica amministrazione ovvero un soggetto a essa equiparato.

Da notare che è stato mantenuto il vigente criterio di riparto delle competenze tra T.A.R. e Consiglio di Stato, per cui non è stato introdotto il doppio grado anche nel giudizio di ottemperanza (come pure aveva richiesto la Commissione Giustizia della Camera), essendosi stimato preferibile mantenere la regola per cui il giudice dell'ottemperanza è quello stesso da cui è scaturita la *regola iuris* da attuare (art. 113).

In base al principio del contraddittorio è stata prevista la notifica del ricorso per ottemperanza prima del suo deposito, così come già affermato dalla Corte Costituzionale.

Resta ferma la fissazione a dieci anni del termine di prescrizione per proporre l'azione ai sensi dell'art. 114, dando così il Codice rilievo, in termini di rito, sia alla posizione soggettiva di colui che chiede l'ottemperanza sia alle capacità del Giudice di inserire tale azione nel fluire dell'azione amministrativa in cui il giudicato s'inserisce, senza interromperla.

Concludendo, può affermarsi che il codice all'articolo 112 formalizza il principio, già investigato dalla giurisprudenza costituzionale, della natura pienamente contenziosa del giudizio di ottemperanza, da cui deriva la necessità del pieno rispetto del contraddittorio, ai sensi del successivo art. 114, comma 1. Infatti, il giudice può adottare una statuizione per valutare l'adempimento delle parti soccombenti, sicchè tal accertamento necessita di una piena cognizione e della pari pienezza del contraddittorio processuale.

Infatti, pur decidendo con sentenza in forma semplificata e in udienza camerale, vi è comunque un potenziamento del giudizio di ottemperanza, per esigenze indefettibili di tutela.

Vale anche per questo giudizio il principio di sinteticità degli atti, della ragionevole durata del processo, della chiarezza e sinteticità degli atti.

Il rito in materia di accesso

Gli articoli 116 e 117, disciplinano il rito in materia di accesso ai documenti amministrativi e i ricorsi avverso il silenzio.

Non costituiscono degli aggiustamenti rispetto alla disciplina precedente ma, come enunciato anche nella relazione di accompagnamento al Codice, sono una sorta di risistemazione dei già previgenti riti.

Non si presentano come norme particolarmente innovative degli istituti ma, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali nel frattempo intervenuti, accolgono, razionalizzano e risistemano la materia, effettuando delle scelte che, già in sede pretoria, erano già state acquisite con una giurisprudenza che, nel tempo, si è fatta piuttosto costante sotto vari profili.

L'articolo 116 ha riguardo al rito in materia di accesso.

È un procedura strettamente connessa al diritto di accesso e alla disciplina del diritto di accesso in sede sostanziale – quindi alla legge n. 241/90, come modificata dalla legge n. 15/05 – e, allo stato, anche alle importanti dichiarazioni di principio – visto che ancora non si conoscono gli sviluppi pratici – del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 che, in materia di accesso, ha enunciato una sorta di dichiarazione che ha reso la trasparenza un principio generale di tutta l'organizzazione amministrativa. (art. 11 "La trasparenza è intesa come accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità. Essa costituisce livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione").

Trasparenza e accesso hanno un'evidente interconnessione, per cui ci si deve aspettare che la petizione di principio del citato decreto legislativo avrà ricadute in sede applicativa e anche in sede interpretativa sulla materia dell'accesso, nel senso di un ampliamento della posizione riconnessa alla tutela del "diritto".

A datare dalla legge n. 241/90 in avanti, si è svolto un dibattito inteso a comprendere se il diritto di accesso fosse un interesse legittimo ovvero un diritto soggettivo.

Vi sono, in proposito, interventi rilevanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che possono essere compendiati nei seguenti termini.

Dapprima, si è sostenuta la tesi dell'interesse legittimo, fondata anche sull'argomento del termine decadenziale di 30 giorni per impugnare il diniego di accesso (o l'eventuale silenzio sull'accesso): si è affermato che, se il termine per impugnare è decadenziale, come lascia intendere la norma che sancisce i trenta giorni, conseguentemente si tratta di una posizione di interesse legittimo. Corollario di tale impostazione è che un'istanza di accesso su cui vi sia già stato un rigetto non sia più reiterabile, altrimenti questo farebbe riaprire il termine per impugnare.

Pertanto, la sentenza n. 6/99 dell'Adunanza Plenaria aveva, in una prima fase, ricostruito la posizione di diritto di accesso come di interesse legittimo, per cui il Consiglio di Stato si attestava sulla posizione per cui, al di là del *nomen* utilizzato dal legislatore, il diritto di accesso ha consistenza di interesse legittimo.

In realtà poi si è compreso che tale posizione non era più adeguata ai tempi e alle nuove modalità di operare dell'amministarzione, nel senso che gli istituti della legge n. 241/90 e la loro attuazione pratica nell'ambito dell'amministrazione, con i principi di imparzialità, di trasparenza, di efficienza, di conclusione del procedimento, implicavano una apertura della stessa rispetto alle richieste del privato, analogamente ad istituti come, ad esempio, la dichiarazione di inizio attività o la concertazione del provvedimento amministrativo in sede di Conferenza dei servizi.

Si trattava di una generale volontà del legislatore di aprire l'amministrazione nei confronti delle istanze private.

Nuovamente sottoposta la questione all'Adunanza plenaria, questa,con la decisione n. 6/07, non si spinge ancora a dire che si tratta di un vero e proprio diritto soggettivo perfetto ma che si tratta, in realtà, di una posizione strumentale nell'ambito del procedimento amministrativo, di un diritto-rimedio tutto collocato all'interno del procedimento amministrativo, e che ciò non significa che chi lo esercita ha diritto al bene della vita che poi intenderà ottenere, ma che trattasai una posizione strumentale.

L'Adunanza plenaria ha altresì ritenuto che, al di là del dato definitorio, il termine per proporre ricorso sia comunque un termine di decadenza, perché afferma che esistono anche casi di diritto soggettivo – ad esempio, in materia di impugnazione di atti di società commerciali previsti dal Codice civile – in cui, pur trattandosi di diritti soggettivi, il termine per impugnare quegli atti addirittura di fronte alla giurisdizione ordinaria civile è un termine decadenziale. Pertanto, il fatto che ci sia un termine di decadenza non implica necessariamente che sia un interesse legittimo, ma è comunque compatibile sia con l'una che con l'altra ricostruzione.

La Plenaria ricostruisce l'istituto in via pragmatica e, soprattutto, dandogli questa funzione strumentale nell'ambito del procedimento amministrativo.

La legge n. 15/05 introduce un'importante precisazione, perché stabilisce che il Giudice amministrativo in materia di diritto di accesso ha giurisdizione esclusiva. Questo sembra segnare un chiaro passaggio del legislatore verso la configurazione di questo diritto di accesso più come un diritto, perché sostanzialmente lancia al Giudice amministrativo un messaggio nel quale gli si dice di non delibare se si tratti di un interesse legittimo o di un diritto soggettivo, ma che deve occuparsene lui in ogni caso, ragione per cui gli affida la materia.

Altra importante innovazione nella configurazione di questa posizione soggettiva come diritto è che il Giudice amministrativo, con la sentenza su cui decide il ricorso, in caso di accoglimento, ordina l'esibizione dei documenti all'amministrazione. Questo significa che l'amministrazione dovrà eseguire, e che il Giudice potrà stabilire se la pretesa in ordine al diritto di accesso è fondata (anche se non in ordine al bene della vita che eventualmente il ricorrente pretenderà successivamente, dopo aver visionato gli atti su cui ha chiesto l'accesso). Il Giudice vaglia la fondatezza della pretesa.

Si può dire con ragionevole certezza che l'ordinamento nel suo complesso sia andato verso una estensione del diritto di accesso, anche se il Codice in materia di tutela della riservatezza dei dati personali ha fissato dei limiti all'accesso che riguardano in particolare i "dati sensibilissimi", rispetto ai quali la legge n. 15/05 afferma che, quando entrano in gioco questi dati, il Giudice deve effettuare una comparazione e valutare se l'accesso può essere consentito o meno, dando quindi un giudizio comparativo.

Ulteriori limiti sono stabiliti sempre dalla legge n. 15/05, ad esempio in materia di segreto di Stato, di segreti militari o di politica monetaria, tutte materie che hanno poi trovato la loro collocazione in un apposito d.P.R. e rispetto alle quali è previsto che l'accesso possa essere negato ovvero differito.

Questa disciplina sostanziale si riconnette, quindi, a quella processuale. L'articolo 116 del decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104 configura un rito molto stringato, perché il ricorso deve essere proposto entro 30 giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata – quindi dell'eventuale diniego – o dalla formazione del silenzio, perché l'amministrazione potrebbe anche non avere risposto affatto sull'istanza di accesso. Anche in tal caso, il termine è di 30 giorni.

Altresì viene precisato che il ricorso deve essere notificato all'amministrazione e agli altri eventuali controinteressati.

In particolare, la notifica ai controinteressati è stata un elemento di quel dibattito in merito al fatto se il diritto di accesso sia interesse legittimo o diritto soggettivo. In prima battuta si era detto che è un interesse legittimo, quindi l'eventuale ricorso non

notificato ad almeno un controinteressato – che poi è normalmente il titolare del diritto alla riservatezza – deve essere dichiarato inammissibile.

In realtà, nella prassi pretoria la giurisprudenza prevalente è stata quella di ammettere il ricorso e eventualmente sanare la situazione con l'integrazione del contraddittorio a mezzo di notifica agli altri controinteressati. Infatti il Codice, in coda al comma 1, afferma che si applica l'articolo 49 in materia di eventuale integrazione del contraddittorio rispetto ai controinteressati non intimati e che pure invece vantano una posizione di interesse ad entrare nel giudizio relativo al diritto di accesso.

Si tratta di un rito camerale; infatti, l'articolo 87 in cui vengono elencati tutti i riti camerali introduce anche il rito in materia di accesso. Il Giudice decide con sentenza in forma semplificata, per assicurare un'immediata tutela dell'interesse sostanziale che il ricorrente vorrà vedere tutelato attraverso la visione e l'esibizione degli atti da parte della pubblica amministrazione.

Viene riproposta in termini inalterati rispetto al passato la disposizione per cui «sussistendone i presupposti, il Giudice ordina l'esibizione dei documenti richiesti entro un termine non superiore di norma a 30 giorni, dettando ove occorra le relative modalità».

L'accesso può avvenire attraverso la visione e l'estrazione di copia, anche se, alla luce delle recenti modifiche recate dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 e dalla legge n. 15/05, sì dà maggior prevalenza alla modalità più satisfattiva delle ragioni del richiedente, ossia l'estrazione di copia. Ove fossero presenti dati sensibili, l'amministrazione dovrà avere cura di nascondere tali dati attraverso gli *omissis*, onde evitare di far capire quali siano i soggetti a cui si riferiscono.

Viene, altresì, ribadito che l'amministrazione può essere rappresentata e difesa da un proprio dipendente a ciò autorizzato. Anche questa è una disposizione che già si ritrovava nella legge n. 241/90, nella quale si prevedeva che l'eventuale difensore dell'amministrazione dovesse essere un dirigente con una delega. Questa previsione è stata eliminata perché si è ritenuto che il responsabile di quel procedimento relativo all'accesso, anche se non dirigente, ha competenza a difendere l'amministrazione in giudizio. Si lascia quindi all'amministrazione una maggiore ampiezza di decisione su chi sarà il difensore in giudizio in materia di diritto di accesso.

Il comma 2 risistema e prevede il cosiddetto accesso "endoprocedimentale", cioè quello che si verifica quando c'è un ricorso già proposto su una determinata controversia, e si rende necessario acquisire degli atti perché, in relazione alla presentazione di memorie da parte dell'amministrazione o del controinteressato, una delle parti viene a sapere che ci sono degli atti ulteriori che possono essere necessari ai fini della propria tutela in giudizio. In questo caso, la parte può chiedere al Giudice, con una istanza depositata presso la segreteria della Sezione cui è assegnato il ricorso principale, di ordinare o meno all'amministrazione l'esibizione di questi ulteriori documenti. Si tratta di una sorta di incidente processuale all'interno di un ricorso già instaurato. Anche questa era una possibilità già prevista dalla legge n. 241/90, che viene qui rivisitata e sistematizzata.

Le disposizioni dell'articolo si applicano anche ai giudizi di impugnazione; questo dovrebbe significare – lo si vedrà nell'applicazione pratica – che, ad esempio, il termine di 30 giorni dovrebbe applicarsi anche per proporre appello avverso la sentenza in forma semplificata emessa dal primo Giudice.

L'articolo 117 parla di ricorsi avverso il silenzio. Forse qui c'è stata una piccola svista dovuta alla fretta del legislatore, in quanto il termine plurale "ricorsi" non sembra avere poi un riscontro nella norma. È stato contemplato il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione e la novità è che, mentre nelle disposizioni che lo regolamentavano precedentemente era necessaria la previa diffida di chi intendeva proporre ricorso all'amministrazione (era una sorta di posizione differenziata dell'amministrazione che, essendo silente e ciò nonostante, doveva comunque essere diffidata prima che fosse proposto il ricorso) l'attuale previsione è chiara nell'affermare la proponibilità diretta del ricorso "anche senza previa diffida». La diffida rimane quindi facoltativa, e questo fa comprendere l'uso del termine "anche".

Si tratta di un rito che presenta un termine ristretto che viene deciso in Camera di consiglio, con sentenza in forma semplificata; il Giudice, in caso di totale o parziale accoglimento ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine che non è superiore, di norma, a 30 giorni.

È una norma analoga a quella del rito in materia di accesso, in cui il Giudice ha potere sollecitatorio e ordinatorio nei confronti dell'amministrazione; non può, quindi, sostituirsi, ma può ordinare all'amministrazione di provvedere. Conosce, inoltre, di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario. Può infatti nominare un commissario *ad acta* ove l'amministrazione rimanga ancora silente oltre il termine di 30 giorni normalmente previsto.

Il Giudice sembra entrare nel merito dell'azione amministrativa, perché conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, potendo anche stabilire se la modalità in cui l'amministrazione ha risposto e ha provveduto corrisponde a quanto le era stato richiesto dal ricorrente.

È inoltre previsto, sempre in omaggio al principio di concentrazione della tutela, che, se nel corso del procedimento interviene un provvedimento espresso che il privato ritiene non satisfattivo ma lesivo della sua posizione, e quindi intende impugnarlo, l'impugnativa può essere proposta anche con motivi aggiunti.

Si tratta di una facoltà e non di un obbligo, con un ulteriore richiamo alla possibile eventuale conversione del rito, perché il nuovo provvedimento potrebbe dover essere

impugnato con rito ordinario. In questo caso, il rito ordinario riattrae di nuovo anche il rito avverso il silenzio, sempre ai sensi dell'articolo 32. Il superamento del termine di conclusione del procedimento a cui si ricollega l'intero rito sul silenzio può aver comportato un danno, che quindi dovrà essere risarcito ai sensi dell'articolo 30, comma 4.

Ai fini della concentrazione della tutela in un'ottica di efficienza, rapidità e concentrazione, l'azione di risarcimento è proposta congiuntamente a quella relativa al rito sul silenzio e il Giudice può definire anche questa vicenda con il rito in Camera di consiglio, e, eventualmente, trattare la domanda risarcitoria con il rito ordinario.

Cenni al rito contenzioso nella materia elettorale

Criterio di delega sul rito elettorale

Il Titolo VI del Codice è dedicato al contenzioso in materia elettorale relativamente alle operazioni elettorali di comuni, provincie, regioni e membri del Parlamento europeo.

Il criterio di delega era, in materia, molto specifico, infatti la legge 18 giugno 2009 n. 69 all'art. 44, lettera d), prevedeva per l'appunto, quale criterio:

"d) razionalizzare e unificare le norme vigenti per il processo amministrativo sul contenzioso elettorale, prevedendo il dimezzamento, rispetto a quelli ordinari, di tutti i termini processuali, il deposito preventivo del ricorso e la successiva notificazione in entrambi i gradi e introducendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, mediante la previsione di un rito abbreviato in camera di consiglio che consenta la risoluzione del contenzioso in tempi compatibili con gli adempimenti organizzativi del procedimento elettorale e con la data di svolgimento delle elezioni;"

L'art. 129 introduce una specifica disciplina relativamente alla tutela anticipata avverso gli atti di esclusione dai procedimenti elettorali preparatori per le elezioni comunali, provinciali e regionali.

Il procedimento riguarda solo l'esclusione di liste e di candidati, che possono essere impugnati esclusivamente da parte dei delegati delle liste e dei gruppi di candidati esclusi, dinanzi al Tribunale amministrativo regionale competente nel termine di tre giorni dalla pubblicazione anche mediante affissione ovvero dalla comunicazione, se prevista, degli atti impugnati.

Ragioni di opportunità volte a garantire il libero convincimento dell'elettore hanno portato a non aderire all'osservazione formulata dalla Commissione Affari Costituzionali della Camera, che avrebbe voluto estendere la tutela anticipata a tutti gli atti del procedimento elettorale preparatorio, inclusi i provvedimenti di ammissione delle liste e quelli relativi ai contrassegni e ai collegamenti.

Viene operata una distinzione tra il giudizio avverso gli atti di esclusione del procedimento preparatorio per le elezioni comunali, provinciali e regionali, e tutti gli atti che possono essere impugnati successivamente alla proclamazione degli eletti.

Il Consiglio di Stato, più volte chiamato a pronunciarsi in materia, fino all'Adunanza plenaria del 2005 in materia di giudizio elettorale, aveva sancito, anche al fine di assicurare il libero convincimento e lo svolgimento delle elezioni nella maniera più trasparente possibile e di evitare ricorsi che potrebbero avere soltanto una funzione meramente strumentale rispetto all'ordinario svolgersi del procedimento, che tutti gli atti relativi al procedimento elettorale, anche quelli relativi all'ammissione delle liste dei candidati e dei contrassegni, vanno impugnati dopo la proclamazione degli eletti.

Il Codice, seguendo la linea già solcata dalla Plenaria del Consiglio di Stato, individua soltanto un giudizio che può essere instaurato prima della proclamazione degli eletti, e che è quello avverso gli atti di esclusione dei candidati o delle liste. In questo caso, il ricorso deve essere veramente breve e il giudice deve assicurare una tutela immediata.

Il rito ha tempi super-concentrati e modalità di pubblicità particolari (affissioni etc.): l'udienza di discussione del ricorso deve essere celebrata entro tre giorni dal deposito del ricorso senza avvisi anche in presenza di ricorso incidentale.

La sentenza, in forma semplificata, viene pubblicata nello stesso giorno dell'udienza. La motivazione può consistere anche in un richiamo delle argomentazioni contenute negli iscritti delle parti.

La sentenza è immediatamente comunicata (la norma usa l'espressione "senza indugio") dalla segreteria del Tribunale all'ufficio che ha emesso l'atto impugnato per i successivi adempimenti.

Il ricorso in appello deve essere notificato ai controinteressati e all'ufficio che ha emesso l'atto impugnato nel termine di due giorni.

Da notare che il sabato non è considerato festivo al fine della decorrenza dei termini decadenziali da non calcolare a ritroso.

L'art. 130 disciplina il rito relativo alle operazioni elettorali di comuni, regioni, provincie e Parlamento europeo. Tutti gli atti relativi al procedimento anche preparatorio elettorale (ad eccezione delle esclusioni viste sopra) devono essere impugnati unitamente all'atto di proclamazione degli eletti, in tal modo essendo stato codificato l'orientamento dell'Adunanza Plenaria 24 novembre 2005 n. 10.

Unica differenza tra elezioni di province, comuni e regioni rispetto al Parlamento europeo è che la competenza per le operazioni elettorali dei primi spetta ai Tribunali Amministrativi Regionali nella cui circoscrizione ha sede il predetto ente territoriale, mentre per il Parlamento europeo è competente il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio.

Il termine per l'impugnativa è di trenta giorni dalla proclamazione degli eletti.

Tutti i termini sono decadenziali e la loro natura perentoria è riconducibile all'interesse pubblico preminente acchè le controversie elettorali siano definite in tempi certi e solleciti.

La sentenza è pubblicata il giorno successivo rispetto alla decisione della causa mediante deposito in segreteria. Non è più prevista la lettura del dispositivo in udienza. Se la complessità delle questioni trattate lo richiede entro il giorno successivo è pubblicato il dispositivo, mentre la sentenza è integralmente pubblicata con le motivazioni entro i dieci giorni successivi.

Il Tribunale quando accoglie il ricorso e corregge il risultato delle elezioni esercita una giurisdizione di merito e sostituisce ai candidati illegittimamente proclamati eletti quelli che hanno diritto di esserlo.

Tutti i termini processuali diversi da quelli indicati negli articoli 129, 130 e 131 sono dimezzati rispetto ai termini del processo ordinario.

L'appello è proposto entro il termine di venti giorni dalla notifica della sentenza per coloro nei cui confronti è obbligatoria la notifica; per gli altri candidati o elettori il termine è di venti giorni decorrenti dall'ultimo giorno della pubblicazione della sentenza medesima nell'albo pretorio del comune. L'art. 132 contiene alcune specifiche disposizioni relative al procedimento in appello per le operazioni elettorali del Parlamento europeo.

Legittimazione a ricorrere: trattasi di azione popolare, per i candidati non eletti la legittimazione coincide con l'interesse a ricorrere poiché si mira a far cadere in tutto in parte la proclamazione degli eletti, per cui la legittimazione può essere attestata dalla iscrizione nelle liste dei partecipanti alla competizione elettorale o da qualsivoglia ulteriore atto o documento idoneo a comprovare tale stato.

Per i cittadini elettori che mirano a realizzare l'interesse collettivo al corretto svolgersi delle operazioni elettorali, la legittimazione è soggetta alla prova di essere cittadino elettore del comune ove si è svolta la competizione i cui risultati sarebbero inficiati da errore. È ribadito, dunque, in linea generale, che si tratta di un'azione popolare, perché a tutela dell'interesse pubblico, con cognizione del Giudice amministrativo estesa al merito.

La differenziazione che si nota rispetto alla precedente disciplina, oltre ai termini ristrettissimi e alle modalità di avviso relative al deposito del ricorso particolarmente veloci e accessibili al pubblico, è che il dispositivo non deve essere più letto al termine dell'udienza perché si presume che la sentenza venga pubblicata in tempi molto ristretti.

Norme analoghe sono previste anche per quanto concerne le elezioni del Parlamento europeo; in quel caso bisogna dare comunicazione dell'eventuale correzione del risultato elettorale perché, come già era contemplato nella disciplina precedente, in caso di accoglimento del ricorso in materia elettorale, il risultato viene corretto ad opera del Giudice.

Il Seminario è stato curato dal Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi in collaborazione con il Dipartimento per le politiche di gestione e di sviluppo delle risorse umane.

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

Dipartimento per le politiche di gestione
e di sviluppo delle risorse umane

Capo del Dipartimento
Giuseppina PEROZZI

Via della Mercede, 96 - 00187 Roma
Tel. 06 67795288 - Fax 06 67795465
E-mail: segreteriadipru@governo.it

Ufficio per le politiche formative e di sviluppo

Coordinatore Alessandra GASPARRI

Pubblicazione edita dalla
Dipartimento per l'informazione e l'editoria

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI
Capo del Dipartimento Elisa GRANDE

Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato - Roma