

**RESOCONTO DEL SEMINARIO SUL LIBRO III (LE
IMPUGNAZIONI) DEL PROGETTO DI CODICE DEL
PROCESSO AMMINISTRATIVO SVOLTOSI IL 30 APRILE
2010 PRESSO L'UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI ROMA TOR
VERGATA**

(A cura: di Graziana Urbano, gli interventi di S. Tarullo, M. Tucci e quello finale di E. Picozza; di Leonardina Casoli, la relazione di A. Police e l'intervento di E. Picozza; di Lucia Murgolo, gli interventi di V. Caputi Jambrenghi, E. Follieri, W. Giulietti e P. Chirulli. Sono riportate le relazioni scritte di E. Picozza, M. V. Ferroni e S. Oggianu)

o o o o o o o o

**A) RELAZIONI
prof. Eugenio PICOZZA**

**PRESENTAZIONE DEL LIBRO TERZO DEL CODICE DEL
PROCESSO AMMINISTRATIVO: LE IMPUGNAZIONI.**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La trasformazione dell'oggetto del giudizio amministrativo in giudizio sul rapporto e non sul potere amministrativo. Conferme che derivano dall'esame delle norme sulle impugnazioni. – 3. Breve analisi sistematica del libro terzo (impugnazioni). – 3.1. Titolo I Le impugnazioni in generale. – 3.2. L'appello. – 3.3. La revocazione. – 3.4. L'opposizione di terzo. – 3.5. Il ricorso per cassazione a sezioni unite.

1. Non è possibile inquadrare correttamente i principi del libro terzo del codice del processo

Amministrativo senza effettuare un preventivo riferimento ai principi generali che ispirano il codice stesso contenuti nel libro primo (disposizioni generali) Titolo I (principi ed organi della giurisdizione amministrativa), capo I (principi generali).

Infatti anche se probabilmente si deve essere d'accordo con quanto sostenuto nel recente convegno sul codice in Cassazione, da parte del Maestro Natalino Irti (e cioè che la Commissione ha effettuato piuttosto una opera di consolidazione che di codificazione, sia pure settoriale), la scelta effettuata dal legislatore con i principi della legge di delegazione n. 69/2009 articolo 44 non lasciano adito a dubbi sulla sistematicità dell'operazione tentata dalla commissione (e si spera in un prossimo futuro definitivamente approvata dal Governo) rispetto ai

limiti dei testi unici con funzione prevalentemente ricognitiva o agli stessi codici di settore.

Del resto gli stessi “tagli” per il momento apportati dal Governo (che comunque non riguardano la parte sulle impugnazioni) sono prova sia pure in negativo dello sforzo profuso dalla commissione stessa.

Dunque i principi cui si ispira l’intera giurisdizione amministrativa e che si applicano direttamente a tutti i giudizi di secondo grado sia di carattere ordinario che straordinario sono:

l’effettività della tutela giurisdizionale nei suoi aspetti della pienezza, completezza, ed esaustività come riconosciuto dall’articolo 47 della Carta dei Diritti di Nizza che ha lo stesso valore giuridico del Trattato TUE e TFUE secondo quanto disposto dall’articolo 6 del Trattato sull’Unione Europea e che costituisce un principio generale dell’ordinamento giuridico comunitario sostanziale e processuale;

il giusto processo anche se l’articolo 2 così denominato punta sugli elementi strettamente processuali quali “in ogni stato e grado del processo” il rispetto del principio di effettiva parità delle parti, il loro pieno accesso agli atti e la piena conoscenza dei fatti, nonché il rispetto del principio del contraddittorio (e si vedrà la sua importanza ai fini delle ipotesi di rinvio al primo grado di giudizio), la ragionevole durata del processo e del rilievo costituzionale (e quindi ex articolo 117 primo comma costituzione anche comunitario e internazionale) degli interessi azionati secondo quanto disposto ad esempio da Corte Costituzionale 496/2005, 129/2006 e 348 e 349/2009.

-Il principio di effettività processuale cioè l’applicazione integrale della corrispondenza tra chiesto e pronunciato ai sensi dell’articolo 112 c.p.c. che è particolarmente importante, come si accerterà nelle relazioni che seguono ai fini della fissazione di un limite esterno di giurisdizione coerente con i valori europei costituzionali, fermo restando che l’extra petizione e l’ultra petizione rientrano normalmente tra i limiti interni a meno che non si traducano in un deficit di tutela delle situazioni giuridiche soggettive azionate dalla parte, ovvero in una invasione nella sfera di apprezzamento di merito della amministrazione parte del processo: in entrambi casi tipiche figure dell’eccesso di potere giurisdizionale in senso proprio o per difetto:

-principio dell’onere e disponibilità della prova che è particolarmente rilevante in appello come si vedrà subito appresso “articolo 114 comma 2” non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, ovvero che la

parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli in giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. La tendenza all'accertamento del rapporto giuridico controverso fa pagare un giusto prezzo al principio dell'onere della prova ex articolo 2697 c.c. ma dovrebbe indurre le amministrazioni ad una maggiore consapevolezza del dovere di esitare favorevolmente gli atti di esercizio del diritto di accesso che spesso consentono ai ricorrenti ed appellanti di fornire idonei mezzi di prova. Che questa scelta verso il principio dispositivo sia una scelta di carattere fondamentale compiuta dalla Commissione è comprovato dall'articolo 4 (disponibilità, onere e valutazione della prova) comma 2 secondo il quale "*Salvo i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove poste dalle parti nonché i fatti non specificamente contestati dalle parti costituite*". Osservo incidentalmente che qualora venisse approvata tale formulazione, la tecnica di redazione delle memorie delle controparti soprattutto in primo grado ma anche sui motivi di appello verrebbe sostanzialmente modificata sulla falsariga di ciò che già accade nel processo civile, ove il diligente avvocato pone massima cura nella contestazione puntuale di tutti i capi di domanda dell'attore. Egualmente di ispirazione processual civilistica appare l'attenuazione del metodo acquisitivo della prova (articolo 4 comma 3) e la regola di giudizio generale del prudente apprezzamento (articolo 116 c.p.c.) che tiene conto della collaborazione tra le parti in giudizio.

-Infine quali veri e propri pilastri della regola di giudizio sostanziale, il diritto ad una decisione nel merito delle parti, pur nel rispetto delle regole processuali (una deroga peraltro è proprio quella della pronuncia di inammissibilità dell'appello senza integrazione del contraddittorio); l'obbligo di motivazione dei provvedimenti decisori (che riveste fondamentale e ultimativa funzione nella sentenza di appello) e l'obbligo di redazione in maniera chiara e sintetica. In particolare qui si nota un dovere di cooperazione tra parti e giudice in modo che ai capi della domanda principale, riconvenzionale e del ricorso incidentale, corrispondano puntualmente i capi di sentenza posti a fondamento dell'atto di appello.

2. Da tutta la fine struttura del codice si trae una importante constatazione cioè il passaggio dal giudizio sul potere a giudizio sul rapporto, saltando quella posizione intermedia a suo tempo sostenuta eminentemente tra gli altri da Mario Nigro, come "*accertamento della pretesa fatta valere in giudizio*".

La ineluttabilità di tale trasformazione deriva da fatti sostanziali come ha dimostrato il bel libro di Mariano Protto sul Rapporto Amministrativo, ma anche le recenti sentenze della Cassazione a Sezioni Unite n. 30254 del 23 dicembre 2008 e n. 9147 del 17 aprile 2009. Ebbi occasione di scrivere a commento della prima che la tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale e non viceversa: con la seconda la Suprema Corte ha ricostruito la fattispecie di inadempimento comunitario come responsabilità lato sensu convenzionale e non extra contrattuale in quanto lesiva appunto dell'obbligo di collaborazione degli Stati membri per la realizzazione del processo di integrazione europea.

Ma, a mio personale avviso, le principali trasformazioni sono imposte dalla importanza qualitativa e quantitativa progressivamente rivestita dalle fattispecie di giurisdizione esclusiva rispetto a quella di legittimità.

Anche se il Governo ha voluto reintrodurre la distinzione tra giurisdizione di legittimità e esclusiva (il che sembra ovvio in un tipo di Stato che ancora non ha raggiunto un equilibrio tra ruolo del Parlamento e appunto del Governo, ma si tratta di un fenomeno non solo italiano) non vi è dubbio che la massima parte degli interessi legittimi sono dal punto di vista europeo diritti soggettivi travestiti, come ha sviluppato il bel libro di Aristide Police. Ma la conferma più importante è venuta molto recentemente proprio dalla Sovrana Corte Costituzionale con la sentenza n.35/2010 relatore Quaranta di cui riporto un breve passaggio: costituito dal punto 2.2.

“2.2.— Ora, questa Corte ha più volte affermato che il primo comma dell’art. 103 della Costituzione, pur non avendo conferito al legislatore ordinario una assoluta e incondizionata discrezionalità nell’attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, gli ha riconosciuto il potere di indicare “particolari materie” nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investe anche diritti soggettivi (sentenze n. 204 del 2004; n. 191 del 2006; n. 140 del 2007).

Nella definizione dei confini della giurisdizione esclusiva è, pertanto, necessario, in primo luogo, che la controversia involga situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse. È bene, però, aggiungere che, se è pur vero, in linea con le ragioni storiche all’origine della configurazione di tale giurisdizione, che è normalmente necessaria la sussistenza di un intreccio di posizioni giuridiche nell’ambito del quale risulti difficile individuare i connotati identificativi delle singole situazioni soggettive, non può escludersi che la cognizione del giudice amministrativo possa avere ad oggetto, ricorrendo gli altri requisiti

indicati di seguito, anche soltanto diritti soggettivi (sentenza n. 259 del 2009).

In secondo luogo, è necessario che il legislatore assegni al giudice amministrativo la cognizione non di “blocchi di materie”, ma di materie determinate.

Infine, è richiesto che l'amministrazione agisca, in tali ambiti predefiniti, come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi sia mediante moduli consensuali ai sensi dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), sia infine mediante comportamenti, purché questi ultimi siano posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio. In tale ultimo caso, infatti, la cognizione delle controversie nascenti da siffatti comportamenti spetta alla giurisdizione del giudice ordinario.

“Da quanto sopra rilevato segue, come logica conseguenza, che la cognizione delle controversie che abbiano ad oggetto il diritto di un candidato a partecipare ad una competizione elettorale potrebbe essere attribuita al giudice amministrativo solo a titolo di giurisdizione esclusiva. E difatti l'art. 44 della legge 18 giugno 2009 n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile) ha delegato il Governo ad introdurre, entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge stessa, «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».

(così testualmente la sentenza 259/2009 molto importante in quanto riferita ad un diritto sogg. politico)”

Del resto la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha con giurisprudenza costante anzi pacifica fin dal 1968 ritenuto che ciò che conta non è la qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive che spetta alle autorità competenti degli Stati membri, bensì la effettività della tutela e le garanzie del giusto processo. Ma oltre alle quattro libertà fondamentali che probabilmente sono delle posizioni soggetti pregiudiziali (come sosteneva Giannini a proposito della libertà di iniziativa economica ex articolo 41 Cost.), gli articoli 16 e 17 della

Carta dei Diritti di Nizza tutelano come diritti fondamentali il diritto di proprietà e quello di impresa che dunque devono poter ricevere una tutela processuale adeguata.

Questi sono i fondamenti della scelta della commissione e preventivamente della sottocommissione di cui mi onoro aver fatto parte, di codificare l'intero sistema di impugnazioni e di qualificare tutti i processi di secondo grado ed in particolare l'appello come mezzi di impugnazione e non di gravame.

E' definitivamente tramontata l'idea del provvedimento amministrativo come decisione sostanzialmente giurisdizionale secondo la teoria di Merkl la quale si appoggiava alla razionalità dell'azione amministrativa quale condizione ipso jure della sua legittimità teorizzata da Max Weber. Potrebbe darsi che in futuro essa ritorni in auge limitatamente ad alcune nuove forme di amministrazione degli interessi che hanno un contenuto eminentemente arbitrario come l'autorità di Concorrenza e del Mercato, similmente a quanto avviene oltralpe, ma in linea generale, il processo di secondo grado è visto (come colto esattamente dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato qualche anno fa) come una continuazione del processo di primo grado e quindi nell'ottica di un giudizio unico ed unitario.

E' vero che rispetto agli schemi classici delle impugnazioni dei paesi di *civil law* viene a mancare il terzo grado, cioè il controllo di pura legittimità che negli altri Stati è quasi sempre svolto dalla Cassazione Amministrativa, ma questa è una scelta politica compiuta già dalla legge delega, per cui probabilmente lo sforzo pur compiuto da alcuni membri della sottocommissione (principalmente il sottoscritto) si sarebbe infranto comunque nei limiti posti dalla delega stessa, senza contare i delicati posti dalla locuzione motivi di giurisdizione di cui all'articolo 111 Cost. che verranno analizzati nelle relazioni successive.

Per il momento è sufficiente concludere che la scelta della configurazione di un sistema delle impugnazioni e dell'appello in particolare conferma la configurazione del rapporto.

3.1. La Commissione si è limitata a introdurre delle disposizioni di carattere generale sui mezzi di impugnazione, sui termini, confermando il tradizionale termine di sessanta giorni in luogo dei termini ora molto ridotti per la proposizione delle impugnazioni civili, sul luogo di notificazione della impugnazione (seguendo strettamente l'articolo 330 c.p.c.), ma nel rispetto del principio di equità sostanziale: infatti l'articolo 103 comma 2 prescrive che "*Qualora la*

notificazione abbia avuto esito negativo perché il domiciliatario non si è trasferito senza notificare una formale comunicazione alle altre parti, la parte che intende proporre l'impugnazione può presentare al presidente del TAR o al Presidente del C.d.St. un'istanza, corredata dall'attestazione della omessa notificazione di fissazione di un termine per il completamento della notificazione o per la rinnovazione della impugnazione. Il termine è perentorio”.

Per quanto in particolare riguarda i termini in conformità al nuovo articolo 327 c.p.c. si è previsto il termine di sei mesi, ma sarà importante chiarire che esso si applica così come disposto dalla novella al codice di procedura civile, “*ai nuovi giudizi*” vista la tendenza della giurisprudenza amministrativa a dichiarare immediatamente applicabili le disposizioni processuali di legge.

Così anche per i termini di deposito di trenta giorni (salvo i riti abbreviati e speciali che purtroppo frammentano l'unità sistematica delle disposizioni e rendono incerto il processo contro il principio di sicurezza giuridica contenuto nell'articolo 2 del TUE) si deve a mio avviso ritenere che entro tale termine la parte impugnante debba depositare la prova delle eseguite notificazioni, ma non quello della effettiva ricezione entro tale data, fermo restando che in applicazione del principio del contraddittorio, l'eventuale udienza cautelare non dovrebbe essere trattata prima della fornitura della prova della effettiva ricezione della notificazione da parte dei legittimi contraddittori, cioè le parti vincitrici del giudizio di primo grado.

Quanto al concetto di parte la commissione ha fatto puntuale applicazione delle nozioni del codice di procedura civile, sia dal punto di vista sostanziale (parte soccombente e parte o parti vincitrici), sia dal punto di vista processuale (parti in cause inscindibili e parti in cause scindibili articoli 331 e 332 cpc). Nel primo caso il giudice della impugnazione deve ordinare l'integrazione necessaria del contraddittorio nonché fissare la successiva udienza di trattazione, con la sanzione processuale della inammissibilità del processo se nessuna delle parti provvede entro i termini perentori alla integrazione del contraddittorio.

In questo senso si ispira anche la deroga al principio della completezza del contraddittorio contenuta nell'articolo 105 quinto comma, quando la impugnazione è manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondata. La soluzione data dalla sottocommissione e condivisa dalla commissione è conforme al principio di giustizia sostanziale e di economia processuale, ma è temperata correttamente dalla previsione che tale decisione è sottomessa a due condizioni essenziali:

a) che sia ormai preclusa o esclusa l'impugnazione di altre parti;

b) l'esercizio del prudente apprezzamento da parte del giudice competente.

La disciplina delle impugnazioni avverso la medesima sentenza segue le previsioni di cui agli articoli 333,334 e 335 cpc.

Tuttavia per non incorrere in equivoci si è precisato che l'impugnazione incidentale tardiva, dato il carattere ritorsivo segue le sorti di quella principale e pertanto è priva di efficacia se quella principale viene dichiarata inammissibile. Così anche si è risolto in modo abbastanza equo il problema della mancata riunione degli appelli proposti in forma autonoma ma non in modo incidentale i quali non incorrono nella decadenza di cui all'articolo 333 cpc. La relazione scrive testualmente sul punto *“Spetterà poi al giudice dell'impugnazione accertare se il primo giudicato che si forma sia opponibile agli altri soggetti impugnanti, a seconda che essi siano o non siano stati parti in quel giudizio.”*

L'intervento nel giudizio di impugnazione è relazionato alla prova della situazione legittimante, cioè l'interesse ad intervenire in appello. Sotto questo profilo probabilmente resterà la diversificazione attuale circa la titolarità all'intervento nei giudizi di legittimità e in quelli di giurisdizione esclusiva.

Sul procedimento incidentale cautelare si osservano le disposizioni del processo cautelare di primo grado tenuta presente la diversità ontologica tra impugnazione di ordinanza e impugnazione di sentenza esecutiva di primo grado. Infine viene riproposta la possibilità di deferimento alla AP da parte delle Sezioni o del Presidente del Consiglio di Stato rispettivamente in caso di eventuale contrasto giurisprudenziale o della necessità della risoluzione di questioni di massima di particolare importanza. Per assicurare la ragionevole durata del processo e ispirandosi ai poteri della Cassazione è prescritto che la Ap definisca nel merito la controversia e anche quando decide solo in rito può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge, principio che peraltro non ha effetto nei confronti della sentenza impugnata.

3.2. Anche nella disciplina dell'appello si trova la esplicita conferma della natura impugnatoria del giudizio di secondo grado. Infatti l'appello deve contenere specifiche censure contro i capi della sentenza gravata, e come già affermavo in premessa, ciò comporta l'onere già per le parti di primo grado di articolare in modo chiaro e distinto i capi delle rispettive domande, onde permettere al giudice di articolare conseguentemente i capi di sentenza oggetto di impugnazione. (art.342 c.p.c).

Innovativa e facilitativa appare la previsione della possibilità di conferimento della delega al difensore per entrambi i gradi di giudizio.

Seguendo gli indirizzi della adunanza plenaria si intendono rinunciate le domande e le eccezioni non esaminate o dichiarate assorbite nel giudizio di primo grado che non siano espressamente riproposte rispettivamente nell'atto di appello o con memoria depositata dalle altre parti entro i termini previsti per la costituzione nel giudizio di appello.

La legittimazione all'appello è limitata alle parti formali del giudizio di primo grado, mentre l'interventore può appellare solo se titolare di una posizione giuridica autonoma (v. già ap n. 2/1996).

E' stata introdotta la riserva facoltativa di appello (personalmente sono contrario) contro le sentenze non definitive pronunziate dal giudice di primo grado con atto notificato alle parti entro lo stesso termine di appello (a tutte le parti formali) e depositato entro i successivi trenta giorni presso la segreteria del tribunale amministrativo regionale. (articolo 340 c.p.c.).

In stretta conformità all'articolo 345 cpc non possono essere proposte nuove domande o formulate nuove eccezioni che non siano rilevabili di ufficio. Possono tuttavia essere chiesti gli interessi e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni subiti dopo la sentenza stessa. Già si è vista in premessa la consistente limitazione all'ammissione di nuovi mezzi di prova (articolo 345 terzo comma cpc).

Mentre possono essere proposti in eccezionale deroga al principio del divieto di mutatio libelli nuovi motivi aggiunti qualora la parte venga a conoscenza di documenti non prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado dai quali emergano vizi degli atti o provvedimenti amministrativi impugnati purché (aggiungo io) la mancata produzione sia dipesa da fatto e colpa non ascrivibile alla parte; e sempreché usando l'ordinaria diligenza la parte non avrebbe comunque potuto produrli in primo grado.

Occorre peraltro ricordare che come previsto espressamente dalla relazione illustrativa tale eccezione non si applica alla impugnazione di atti e provvedimenti amministrativi successivi, conosciuti nelle more del giudizio di appello, per i quali l'impugnazione va prodotta al giudice di primo grado. Personalmente ritengo che questa limitazione che non è codificata nelle disposizioni normative, sia applicabile solo ai giudizi in giurisdizione di legittimità, mentre per quelli di giurisdizione esclusiva specialmente su soli diritti soggettivi, l'accertamento del rapporto prosegue direttamente sotto la competenza del giudice di appello, a meno che gli stessi provvedimenti non dispongano di un nuovo rapporto sostanziale tra le parti.

La relazione puntualizza tra l'altro che *“Si è così tenuto conto dei principi enunciati dalle ap 14 e 15 del 2004, che hanno considerato applicabile l'articolo 345 cpc quando l'amministrazione soccombente proponga per la prima volta con l'atto di appello l'eccezione di prescrizione”*. Si tratta di una evidente concessione alle ragioni della analisi economica e al principio di bilanciamento degli interessi in gioco.

Molto complessa è l'analisi dell'articolo 115 della bozza di codice del processo amministrativo e vi sono state molte discussioni in proposito. A mio personale avviso tale disposizione sconta proprio la mancanza di un controllo di legittimità in terzo grado. Infatti rispetto alle precedenti disposizioni della legge TAR la maglia della remissione al giudice di primo grado sembra più ampia rispetto all'orientamento della giurisprudenza preesistente in quanto riguarda la mancanza di contraddittorio (ma la relazione amplifica usando l'espressione *“contraddittorio non integro”*) ovvero è stato leso il diritto di difesa delle parti: questa espressione può avere un risvolto solo processuale (es. mancata comunicazione della fissazione di udienza), ma anche sostanziale (mancato esame di tutte le domande presentate in primo grado).

Inoltre quando è stata erroneamente dichiarato il proprio difetto di giurisdizione (mancato esame totale della domanda giudiziale) ovvero sia stata erroneamente declinata la competenza, di perenzione o estinzione del giudizio; ed infine quando il CDS dichiara la nullità della sentenza di primo grado.

Solo l'orientamento giurisprudenziale chiarirà dunque i limiti della portata della disposizione normativa in oggetto. Per esigenze di celerità si segue il procedimento in camera di consiglio nei casi di erronea declaratoria di giurisdizione o di competenza.

3.3. Le norme sul giudizio di revocazione vanno sempre esaminate insieme a quelle di carattere generale sul regime delle impugnazioni.

La scelta effettuata è stata abbastanza sofferta.

Infatti sul principio della preferenza dell'appello se sono pendenti i relativi termini la commissione si è trovata d'accordo in applicazione del principio che regola la revocazione straordinaria nei casi in cui il fatto revocatorio è stato conosciuto solo dopo la scadenza dei termini per l'appello).

Non così per l'idea poi risultata decisiva di sottoporre la revocazione allo stesso giudice ha pronunciato la sentenza impugnata anche perché manca una norma che garantisca il divieto del *ne bis in idem* per quanto riguarda la composizione del collegio che si dovrà

pronunziare sulla sentenza revocanda. In effetti l'articolo 117 opportunamente prescrive che contro la sentenza emessa nel giudizio di revocazione sono ammessi gli stessi mezzi di impugnazione ai quali era originariamente soggetta la sentenza impugnata per revocazione. Ma questa secondo me è una limitazione del principio di effettività e di concentrazione delle impugnazioni soprattutto quando si verificano le fattispecie del ritrovamento del documento decisivo. Inoltre occorrerà verificare se nelle ipotesi di revocazione verrà fatto rientrare anche il fatto della omessa pronuncia e dell'errore di fatto commesso dalla sentenza revocanda. E soprattutto la mancata pronuncia su tutti i capi della sentenza qualora sia collegata ad una pluralità di domande giudiziali a sua volta connessa ad una pluralità di azioni (di accertamento, di condanna, di nullità specialmente nei casi di giurisdizione esclusiva).

Resta poi insoluto il problema della equiparazione oggettiva del processo di revocazione a quello di appello una volta che sia conclusa favorevolmente la fase del *judicium rescindens*: sarà cioè possibile proporre tutti i motivi di impugnazione che si sarebbero proposti se quel documento fosse stato prodotto, compresi i motivi nuovi e aggiunti in appello che non si sono potuti produrre per fatto dell'avversario?

I principi generali del diritto processuale sembrerebbero deporre decisamente per una soluzione favorevole, in particolare i principi di economia del giudizio e di concentrazione della tutela; ma nella giurisprudenza risalente noi troviamo spesso l'affermazione di un limite oggettivo posto al processo di revocazione, cioè quello di rimettere le parti nello stato anteriore a quello posseduto in seguito alla sentenza revocata.

3.4. Anche in tale caso si è scelta la strada dello stesso giudice che ha pronunciato la sentenza opposta temperata dalla soluzione che se nel frattempo una delle parti ha proposto appello, il terzo deve proporre a sua volta la domanda intervenendo nel giudizio di appello. Se l'opposizione era già stata proposta, il Tar la dichiara improcedibile e fissa un termine per intervenire nel giudizio di appello.

Dal punto di vista sostanziale viceversa vi sono due importantissime innovazioni.

La Commissione ha da un lato fissato il concetto di terzo come vero terzo cioè soggetto titolare di una posizione giuridica autonoma e incompatibile quando la sentenza del giudice amministrativo, in primo o in secondo grado pregiudica i suoi diritti o interessi legittimi.

Dall'altro si è introdotto l'istituto della opposizione revocatoria di cui all'articolo 404 secondo comma c.p.c. quando la sentenza sia effetto di dolo o collusione delle parti a danno dei creditori o aventi causa di una delle parti. Ipotesi che nella giurisdizione esclusiva può essere tutt'altro che accademica.

Tuttavia mentre la sentenza che ha pronunciato la revocazione in conformità all'articolo 403 cpc non può essere a suo volta soggetta a revocazione, la sentenza sulla opposizione di terzo se non convertita in appello, è impugnabile sia in appello che in revocazione.

3.5. Qualche cenno appena in considerazione delle distinte relazioni. Vi era stata una certa tendenza a ridurre le ipotesi di ricorso per cassazione proponendo addirittura di risalire alla originaria formulazione contenuta nel testo unico delle leggi sul giudizio dinanzi al consiglio di stato; ma fortunatamente ci si è attenuti ai “*soli motivi di giurisdizione*” di cui alla formula dell'articolo 111 Cost..

Tuttavia in un ordinamento multilivello come ho avuto occasione di illustrare in un convegno a Bari del novembre scorso, l'espressione motivi di giurisdizione vuol dire tutto e non vuol dire niente. Se la giurisdizione è concepita come attuazione di un servizio nei confronti del cittadino che avviene mediante il giusto processo regolato dalla legge, è necessario assicurare al cittadino una tutela piena e completa, specialmente nei casi in cui si fanno valere situazioni giuridiche soggettive direttamente protette dall'ordinamento comunitario quali diritti soggettivi perfetti (es. i diritti scaturenti dalla partecipazione ad appalti pubblici regolati dal medesimo diritto europeo).

In tal caso come meglio verrà illustrato dalla relazione della prof.ssa Maria Vittoria Ferroni, il giudizio di legittimità deve essere assicurato o in sede di giustizia amministrativa o in via residuale mediante ricorso alle sezioni unite della suprema corte di cassazione appunto per “*motivi di giurisdizione*”.

-Tuttavia si potrebbe anche intendere che l'attuazione della funzione giurisdizionale è attuazione di una funzione pubblica o addirittura di un potere pubblico (quello giurisdizionale) che come ogni potere –secondo la mirabile espressione di Feliciano Benvenuti– si sviluppa attraverso la funzione e si trasforma in atti di diritto pubblico attraverso il relativo procedimento. Di nuovo una concezione sacrale e teologica della giustizia. In questo caso, poiché il giusto processo è “*regolato dalla legge*” come dispone testualmente l'articolo 111 Cost. si dovrebbe piuttosto inquadrare le violazioni delle regole del giusto processo (incluse quelle attinenti alla pienezza e completezza della tutela giurisdizionale), come altrettante ipotesi di

incostituzionalità per violazione dell'articolo 111 Cost, semmai sommate alle violazioni dei principi di diritto e delle regole di diritto comunitario, ex articolo 117 comma primo comma (v. sentenze 406/2005 e 129/2006 per i rapporti con il diritto comunitario; e sentenze 348 e 349/2007 per i rapporti con il diritto internazionale).

Questa soluzione postula una sensibilità da parte del giudice amministrativo chiamato a "*limitare se stesso*", ed in via residuale della Corte di Cassazione la quale come è noto può sempre enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando decide in rito la controversia particolare.

E' stato poi introdotto l'istituto della sospensione della sentenza sottoposta alla impugnazione in cassazione che deve essere pronunciata dallo stesso Consiglio di Stato. Si tratta di una innovazione molto opportuna soprattutto quando la parte vincitrice voglia eseguire la sentenza gravata.

Viene qui in gioco tutta la differenza tra il concetto di esecutività della sentenza e ottemperanza derivante dal passaggio in giudicato della sentenza stessa. Occorrerà vedere se effettivamente è applicabile alla lettera il disposto dell'articolo 373 cpc. Trattandosi dell'impugnazione presso una giurisdizione diversa, nel merito, non ne sono così sicuro. Tuttavia si tratta di un rimedio necessario perché finora le azioni esecutive venivano rinviate nella prassi fino a quando la Corte di Cassazione non avesse deciso il relativo ricorso per motivi di giurisdizione. Considerato che nel giudizio amministrativo è esperibile sia il doppio grado cautelare nel corso del giudizio di merito al Tar; e successivamente la sospensione della sentenza del Tar da parte del Consiglio di Stato, dovrebbe essere un rimedio di applicazione eccezionale, limitato ai soli casi in cui vi sia una ragionevole presunzione di errore nella giurisdizione o un vizio talmente grave in procedendo da comportare la nullità del giudizio. Se invece il Consiglio di Stato decidesse di attenersi ai consueti parametri del *periculum in mora*, tale istituto diverrebbe solo un *commodus discessus* per prendere tempo e ritardare l'obbligo di esecuzione.

Incertezze simili nascono anche a proposito della appellabilità della sentenza resa sulla ottemperanza o sulla esecuzione.

Finora nella prassi giurisprudenziale, soprattutto degli ultimi anni, la sentenza viene ritenuta appellabile solo sui presupposti stragiudiziali (mancata notifica della sentenza passata in giudicato; mancata notifica della diffida ad adempiere) o giudiziali (mancato passaggio in giudicato della sentenza; errore nella individuazione del giudice competente all'ottemperanza).

Probabilmente la incertezza della soluzione data dal codice è legata al fatto che la competenza sull'ottemperanza varia a seconda dei casi tra TAR e Consiglio di Stato. Tuttavia a parte l'errore nei presupposti stragiudiziali e processuali, io ritengo che essa non possa essere soggetta a mezzi di impugnazione, tranne l'opposizione del terzo che è un diritto di azione pacifico. Infatti se è vero che l'oggetto del giudizio amministrativo punta decisamente all'accertamento del rapporto, conseguenzialmente non si può non inquadrare il giudizio di ottemperanza come giudizio di esecuzione di un rapporto definitivamente accertato tra le parti con forza di legge ed efficacia di giudicato.

Probabilmente nei decreti integrativi e correttivi occorrerà introdurre qualche distinzione anche in termini di impugnazione tra azioni di esecutività (fondatamente soggette a reclamo presso lo stesso giudice allo scopo di non rendere irreversibili le conseguenze dell'accertamento giurisdizionale in pendenza dell'impugnazione in Cassazione; ma lo stesso effetto si può ottenere con la sospensione della sentenza di merito soggetta ad esecuzione) e azione di ottemperanza.

o o o o o o o o

(A cura di Leonardina Casoli)

Il **prof. Aristide Police** ringrazia il prof. Follieri per aver pensato a Tor Vergata come luogo di uno dei cinque incontri sulla riforma del processo amministrativo, durante l'attuale fase di codificazione. Ringrazia, altresì, l'amico, avv. Fabrizio Lofoco, che ha creato un collegamento in videoconferenza con il T.A.R. Puglia – Bari. Ringrazia quanti, in un giorno prefestivo di un ponte tradizionale – con la primavera che è scoppiata e l'estate che si preannuncia – si sono sacrificati per occuparsi di un tema di così sottile interesse giuridico e processuale. In particolare, ringrazia tutti i colleghi – professori ordinari, associati e ricercatori delle tante Università italiane – che sono presenti e che invita caldamente a intervenire al termine delle relazioni, qualora vogliano contribuire a rendere più animato il dibattito.

Per tale ragione, cioè per la presenza di tanti ospiti e dei due interventi programmati che seguiranno – il primo sul ricorso per Cassazione e il secondo sul ruolo dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – Police preannuncia di volersi limitare a poche annotazioni.

Una prima annotazione concerne la scarsa utilità del ruolo del *discussant* con riferimento al Libro III, dato che è possibile affermare,

e non certo per piaggeria nei confronti del prof. Picozza, che questo sia il migliore dei cinque libri che compongono la bozza del codice del processo amministrativo. Non per demerito, è evidente, dei componenti le altre sottocommissioni che hanno redatto la bozza iniziale del codice in questione, ma perché, soprattutto in ordine ai primi due libri (come del resto anche in relazione al IV e V libro della bozza del codice), vi sono pregiudizi o, se si vuole, giudizi di tipo culturale, valoriale, teorico, ideologico che hanno, inevitabilmente, inciso sulla coerenza, sulla linearità e persino sull'eleganza stilistica del testo normativo.

Viceversa, il libro III, forse per un maggior impatto ideologico, culturale e politico, è rimasto indenne; la qual cosa è dimostrata dal fatto che lo “sforbiciatore” (a tal proposito, vale la pena di sottolineare che è noto tanto chi sia il materiale “sforbiciatore”, quanto il mandante delle “sforbiciate”) ha toccato i primi due libri, soprattutto il primo, ma si è disinteressato alla sorte del libro III, conservandolo nell'ideale perfezione nella quale era stato formato e scritto dalla sottocommissione incaricata.

Si badi – osserva Police – che persino i più acuti o gli acerrimi critici dei lavori della commissione (Police si riferisce ad alcuni studiosi del processo amministrativo molto apprezzati, come Aldo Travi), pur criticando incisivamente i lavori della commissione con riferimento al libro I e II, hanno riconosciuto che il libro III non meritasse alcuna censura particolare.

Ne consegue che il ruolo del *discussant*, con riferimento al libro III e alle previsioni in esso contenute (si tratta, peraltro, di un libro ricco di spunti – come si rileva dalla relazione di Picozza – ma anche di un libro molto sintetico nel numero degli articoli, essendo composto da un numero inferiore a quello che compone i primi due libri del codice), evidentemente, necessita di un minor grado di critica.

Una critica, tuttavia, Police la appunta al ruolo che gli è stato assegnato, sottoponendo tre questioni all'attenzione dell'uditorio. Una prima questione è estranea al Codice e riguarda il mestiere dello “sforbiciatore” che ha dovuto sfrondare l'ordinamento processuale faticosamente costruito dalla commissione incaricata. La questione rileva, con riferimento al libro delle impugnazioni perché, come ben s'immagina, il sistema delle impugnazioni è molto diverso a seconda che il sistema delle azioni di primo grado sia quello ipotizzato nella versione originaria del Codice, cioè un sistema con una pluralità di azioni precise e particolari e con rapporti tra le une e le altre ben definiti e codificati (soprattutto oggetto di faticose, lunghe e pesanti mediazioni sia culturali, sia di politica giudiziaria) o, viceversa,

l'assetto del sistema delle azioni abbia ad esito l'opera di emendamento del testo originale.

È chiaro, infatti, che un sistema d'impugnazioni che segua un insieme di azioni che annovera azioni di accertamento, annullamento, condanna, adempimento, e l'azione avverso il silenzio, si ipotizza, pur se consegnato in pochi articoli, costruito in riferimento a sentenze o a capi di sentenze strutturalmente e contenutisticamente diverse le une dalle altre.

Viceversa un appello che null'altro è che il secondo grado di giudizio di mero annullamento (Police ritiene che, in effetti, il riferimento sia quello di un giudizio di mero annullamento) diventa un appello meno significativo in termini di portata generale. Dal punto di vista delle norme processuali, poco cambia, e infatti nulla è cambiato; dal punto di vista della sostanza del giudizio d'appello, cambia tutto e cambia integralmente, anche con riferimento ai rapporti tra le principali e più significative azioni che sono restate nelle previsioni del codice e, cioè, l'azione di annullamento e l'azione di condanna che, nella previsione attuale, come si è avuto occasione di vedere, non sono più legate da un rapporto di pregiudizialità necessaria, ma sono costruite senza affermare in modo espresso la pregiudizialità per il giudice di pronunciare sentenza di condanna in assenza di tempestiva impugnazione nei termini di decadenza del provvedimento da cui si assume derivi la lesione o il danno ingiusto.

Questa circostanza e questi rapporti tra azione di annullamento e azione di risarcimento del danno, evidentemente, costringono a un'unica sentenza che contenga la pronuncia sull'illegittimità dell'atto e sul risarcimento del danno, trasformando o riducendo l'appello ad un appello identico a un'impugnazione che già si conosce nella pratica, fintanto che il Consiglio di Stato – o una parte autorevole di esso – avrà aderito all'idea e alla regola della pregiudiziale amministrativa. Ciò è a dirsi, in virtù della posizione di prestigio dei magistrati.

Colpisce, a dire di Police, l'aggettivo "prestigioso" che il Picozza riserva a taluni autorevoli componenti delle giurisdizioni superiori: la cosa richiama alla mente un libretto di Valeria Mazzarelli che, ricordando la Scuola di Massimo Severo Giannini, attribuiva l'epiteto di "prestigioso" soltanto a due studiosi, che erano Franco Scoca e Sabino Cassese, che da giovani emergenti di quella Scuola erano chiamati prestigiosi perchè erano gli unici due ad aver scritto una monografia, peraltro ottime monografie come la storia dell'Università romana ha dimostrato.

Police aggiunge che gli orientamenti e "sforbiciamenti" del libro III, evidentemente, incidono in modo significativo sull'esito e sulla

portata del giudizio d'appello, sfilando con il giudice di primo grado, anche il giudice di appello.

Sulle pagine di una nota rivista telematica è apparso un brevissimo scritto di Fabio Merusi, intitolato <<in viaggio con Laband>>, in cui si contesta l'opera dello "sforbiciatore" (citato anche da Picozza). Quello scritto auspica che, nel sistema attuale, possa accadere che l'opera dello "sforbiciatore" venga, in qualche modo, ricomposta o ricucita, ipotizzando che, come nella Prussia dell'epoca di Laband, si possa trovare, nel sistema decisionale e politico del nostro ordinamento, qualcuno pronto a rendere non più applicabile una legge manifestamente incongrua e dannosa, come la legge sui Gesuiti, cui faceva riferimento Merusi, ricordando l'intervento del giovane Laband.

Anche a voler prescindere dal fatto che, oggi, pochi giovani "Laband" circolano per le strade d'Italia, il vero problema dell'attuale ordinamento – osserva Police – è che non ci sono più i "Bismarck" di un tempo.

Il processo politico oggi è caratterizzato da posizioni talmente radicate, preoccupate e concentrate sui temi dell'economia e della finanza, da indurre ad un'azione frenante di tutte le iniziative politico-legislative. Il discorso sembra portare lontano dal libro sulle impugnazioni, ma così non è, perché trasformare, o meglio depotenziare il processo amministrativo con l'opera che s'è fatta comporta effetti pericolosi e gravi. L'opera di taglio e di dequotazione della portata del sistema delle azioni, com'è stata realizzata, è preoccupante. Non tanto vi è da dolersi dell'eliminazione dei principi (Police crede poco al lungo catalogo dei principi, una sorta di decalogo che ricorda i tempi di Mosè), quanto piuttosto dell'eliminazione del sistema delle azioni. Forse, ce ne erano un po' troppe – perché cinque erano troppe e la loro articolazione, peraltro, era troppo scolastica – ma molto vi è da dolersi dell'eliminazione delle azioni più significative e dei rapporti tra alcune di esse, in particolare tra le azioni di annullamento e di risarcimento del danno.

A giudizio di Police, da quest'opera si trae un processo amministrativo molto più arretrato e molto meno efficace – sul piano dell'effettività della tutela – di quello che vige oggi, tanto da indurre qualcuno a domandarsi se abbia senso rinunciare, in nome e nella speranza di avere la possibilità di pubblicare sulla Gazzetta Ufficiale un provvedimento legislativo che si chiami Codice della giustizia amministrativa, agli attuali *standards* di giustizia e di effettività della giustizia amministrativa che il vigente ordinamento assicura, in vigenza del testo unico delle leggi del Consiglio di Stato e della legge T.A.R., come successivamente e a più riprese modificata.

Ci sono voci autorevolissime, come quella del presidente De Lise, intese a cercare di leggere in termini meno preoccupati l'intervento delle "forbici" del legislatore. E, tuttavia, qualche preoccupazione e qualche dubbio sussiste, a dire di Police.

Anzitutto, il dubbio che Police si pone riguarda il potere del giudice di appello di disporre delle prove: il processo di appello è un giudizio di secondo grado classico (come sottolineato da Picozza), che si costruisce con le prove che sono state prodotte in primo grado; il Codice riserva, però, al giudice un potere straordinario di acquisire nuovi mezzi di prova laddove egli stesso lo ritenga. A parere di Police, è evidente che, se si costruisce un giudizio d'impugnazione con le caratteristiche proprie del giudizio d'impugnazione, lasciar sopravvivere un potere del giudice che – indipendentemente dalla domanda delle parti e dalla domanda istruttoria – consenta di ampliare o modificare le acquisizioni probatorie nel giudizio di appello, porta a un risultato utile in termini di accertamento della verità processuale, ma incongruo. Un risultato che, comunque, contraddice l'idea di voler costruire il processo d'impugnazione come un rimedio meramente impugnatorio. Delle due, l'una: o si ritiene che, nel processo di appello, si possa nuovamente svolgere appieno il giudizio e, quindi, si possa, in qualche modo, arricchire il giudizio di appello rispetto al dato e alla domanda fissata nel primo grado di giudizio, nei limiti propri che hanno sempre caratterizzato il giudizio d'impugnazione davanti al Consiglio di Stato, ovvero si ritiene che questo non è possibile e, allora, occorre un regime più rigido, quanto alla possibilità di acquisire nuovi elementi di prova da parte di un giudice peraltro munito di poteri ufficiosi.

Altro dubbio – a dire di Police, che non intende tuttavia polemizzare con l'ottima relazione di Picozza – riguarda, con riferimento all'impugnazione, una norma particolare sul funzionamento dell'Adunanza Plenaria. Sul tema seguirà una relazione della ricercatrice Serena Oggianu che ha appena licenziato uno scritto monografico molto interessante e, peraltro, unico nel panorama dottrinale del diritto processuale amministrativo italiano. La norma che Police vuol censurare, con riferimento all'Adunanza Plenaria, riguarda il modo del deferimento. Si tratta dell'art. 99 – recante il *deferimento all'Adunanza Plenaria* – che così recita: <<La Sezione cui è assegnato il ricorso, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame abbia dato luogo o possa dar luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o d'ufficio può rimettere il ricorso all'esame dell'Adunanza Plenaria>>. Sin qui non vi è nulla di preoccupante nel senso teorico e astratto, non già con riferimento al caso concreto.

Il comma secondo, poi, aggiunge: <<*Prima della decisione, il Presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'Adunanza Plenaria qualunque ricorso che renda necessaria la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza*>>. Questo secondo comma è molto problematico, ad avviso di Police. Con tutto il rispetto e l'ammirazione che si può nutrire per il Presidente del Consiglio di Stato in generale e, in particolare, per l'attuale Presidente dott. Paolo Salvatore, persona unanimemente stimata, l'attribuzione al Presidente di un potere di questo genere, di deferimento delle questioni controverse all'Adunanza Plenaria, sembra eccessivo perché, evidentemente, il Presidente del Consiglio di Stato può deferire, non su richiesta delle parti (circostanza questa che potrebbe essere significativa: in caso, appunto, di mancato accoglimento di un'istanza di questo genere davanti alla Sezione presso cui la causa si discute, la parte domanderà al Presidente che venga deferita all'Adunanza Plenaria), ma lo può fare addirittura d'ufficio, senza che la parte lo abbia domandato. La norma non precisa neppure quando possa farlo, se in ogni tempo, o fino alla decisione. Potrebbe accadere, paradossalmente, che la mattina dell'udienza in cui è fissata la discussione nel merito, in udienza arrivi la Segretaria del Presidente e dica <<altolà Signori, il Presidente vuole attribuire la questione alla Plenaria>>.

La critica è, ovviamente, di carattere processuale non sostanziale. Il Presidente può venire in udienza e rimettere la causa all'Adunanza Plenaria, con un evidente *vulnus* del principio del giudice naturale precostituito per legge, che è principio troppo importante per esser sacrificato alle esigenze di tutela della nomofilachia e dell'uniformità dell'orientamento giurisprudenziale su tutte le questioni, anche su quelle più importanti.

Altra critica di Police – salvo poi ad ascoltare sulla questione Serena Oggianu, che tratterà dell'Adunanza Plenaria – è che la questione di massima non può essere definita succintamente, senza dare un minimo spunto su quale sia, o quale possa essere la questione di massima. È evidente che il secondo comma sarebbe meglio se non fosse scritto. Meglio che l'Adunanza Plenaria possa decidere l'intera controversia, evitando i viaggi del fascicolo dalla Plenaria alla Sezione semplice.

o o o o o o o o

Il **prof. Eugenio Picozza** interviene, dietro lo stimolo delle importanti osservazioni di Police ed osserva che il problema dell'oggetto dell'appello non era conosciuto dalla sottocommissione

in cui Picozza ha lavorato e, durante i lavori, sembrava ci fosse un campionario di stoffe, di azioni, da comprare presso il giudice amministrativo. Sembrava che, una volta allentato, il concetto d'impugnazione fosse da vestire su ogni tipo di azione, come ha già ricordato Police.

Quanto al problema della limitazione della prova, Picozza osserva che il giudice d'appello qui assume una certa responsabilità, perchè la norma, nella sua formulazione, non dice <<*quando lo ritenga opportuno*>>, bensì “*quando lo ritenga indispensabile ai fini del giudizio*”. Quindi, il giudice potrebbe anche cadere in un vero e proprio eccesso di potere giurisdizionale, soprattutto quando la prova consenta di entrare nel merito di giudizi riservati all'attività discrezionale della pubblica Amministrazione. Per quanto riguarda il tema del deferimento alla Plenaria, Picozza ricorda che, a un certo punto, era nata una voglia di imitazione della norma della legge 69/2009 sull'*overruling* e aggiunge che c'è stata battaglia in commissione, perché si voleva vincolare le pronunce delle Sezioni al precedente della Plenaria, di guisa che, ogni qualvolta le singole Sezioni volessero discostarsi dal precedente, avrebbero dovuto investire l'Adunanza Plenaria.

Picozza si è schierato in posizione totalmente contraria a tale ipotesi e dichiara, pertanto, di aver fatto parte dei “vincitori” – non così, poi, nel tentativo di allargare le ipotesi di revocazione – perché il diritto amministrativo sostanziale, diversamente dal lentissimo giudizio di contabilità, è in fermento quotidiano, cioè le innovazioni che soprattutto il diritto europeo sta portando sono tali per cui il concetto del <<precedente>> non trova spazio di applicazione nell'ambito del giudizio amministrativo. Basti pensare all'alluvionale legislazione regionale, in materia di urbanistica, appalti, beni culturali. Come si fa a fissare la regola del precedente, per di più in mancanza di un'istanza di terzo grado che dovrebbe dare i principi di diritto.

Infine, quanto al problema del potere del Presidente, Picozza osserva che, in effetti, è stato frutto di una forzatura, perché il regolamento di procedura del 1907 lo prevedeva, ma come assegnazione della controversia, che è cosa ben diversa. Tanti anni fa, impugnando un contratto collettivo – di quelli approvati con d.P.R. – Picozza chiese all'allora Presidente Crisci se non fosse il caso di deferire la questione all'Adunanza Plenaria. Crisci rispose che si trattava di giurisprudenza ormai acquisita e consolidata e la questione rimase alla Sezione semplice.

In questo, ha ragione Police: un uso “politico” potrebbe recare squilibri. Conoscendo gli ultimi Presidenti (De Roberto, Schinaia, e

quelli precedenti, fino a risalire a Pescatore), Picozza ritiene che si tratti di un rischio più teorico che pratico. Comunque, si vedrà.

o o o o o o o o

dr.ssa Maria Vittoria FERRONI

Limiti della giurisdizione e giudizio di impugnazione in Cassazione delle “sentenze” del Consiglio di Stato.

1. La bozza di riforma del codice del processo amministrativo prevede sia all’articolo 91 (ex 101) (mezzi di impugnazione) (“I mezzi di impugnazione delle sentenze sono l’appello, la revocazione, l’opposizione di terzo e il ricorso in cassazione per i soli motivi inerenti la giurisdizione”); che all’articolo 110 – ex 120 (dispone che “Il ricorso per cassazione è ammesso contro le sentenze del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti la giurisdizione”), la possibilità di impugnare le decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti la giurisdizione.

Inoltre l’articolo 111 (ex 121) attribuisce al Consiglio di Stato su istanza di parte, in caso di eccezionale gravità ed urgenza, il potere di sospendere gli effetti della sentenza impugnata e disporre le altre misure cautelari. Tale previsione discende dalla considerazione che l’impugnazione della decisione del Consiglio di Stato in Cassazione non sospende la decisione adottata in grado di appello, causando a volte incertezze, ad esempio se nelle more della presentazione del ricorso in Cassazione la parte vittoriosa abbia iniziato un giudizio per l’esecuzione della sentenza del Consiglio di Stato.

2.1. La relazione con riferimento alla norma sulla giurisdizione sottolinea che quella dinanzi al giudice amministrativo è una tutela piena, nel senso che per tutte le posizioni giuridiche soggettivi azionabili innanzi al giudice amministrativo sono esperibili tutti gli strumenti di tutela compresa quella risarcitoria. E si ribadisce che sarebbe data rilevanza formale anche sul dato normativo al processo di piena attuazione del disegno costituzionale già realizzato con le pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione. *“Questo disegno costituzionale come ricordato dal Primo Presidente della Suprema Corte di Cassazione in apertura dell’anno giudiziario “garantisce la tutela dei diritti ed interessi grazie a due giurisdizioni sostanzialmente ordinarie: l’una perché apprestata, organizzata e attrezzata per incalzare in ogni sua forma l’esercizio della funzione pubblica al fine di garantire tutela altrettanto piena e completa alle*

posizioni di interesse e, solo in particolare materie anche ai diritti". Le materie rientranti nella c.d. giurisdizione esclusiva sono indicate all'articolo 150 del codice. Basti aggiungere ad esempio in materia di appalti che, ai sensi del d.lgs. 53/2010 il giudice amministrativo può dichiarare l'inefficacia del contratto in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione.

Un primo punto da sottolineare è che scopo della riforma è quello di garantire la tutela dei diritti ed interessi grazie a due giurisdizioni sostanzialmente ordinarie.

Occorre dunque interrogarsi se la possibilità di impugnare le decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti la giurisdizione garantisca la medesima tutela dei diritti ed interessi davanti al giudice amministrativo ed al giudice ordinario. Come è noto innanzi al giudice ordinario vi è un vero proprio terzo grado di giudizio.

2.2. Occorre anche ricordare che il codice si apre con una serie di disposizioni che contengono principi generali che costituiscono per l'interprete gli elementi di fondo che caratterizzano la disciplina di cui è chiamato a fare applicazione. Secondo la relazione al codice i suddetti principi da un lato hanno lo scopo di fornire un ausilio all'interprete ed al giudice; dall'altro avrebbero la funzione, propria delle clausole generali di dotare il sistema di una sorta di valvola aperta verso la realtà sociale o la logica dei concetti, "in grado di indirizzare l'interprete ed il giudice verso un costante adattamento del diritto positivo alle finalità fondamentali che il legislatore ha voluto conseguire con la codificazione".

Si tratta del **principio di effettività (art. 1)** secondo cui "*La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva nel rispetto dei principi della Costituzione e del diritto europeo*" e del **principio del giusto processo (art. 2)** "*Il giudice amministrativo garantisce in ogni stato e grado del processo il rispetto del principio di effettiva parità delle parti, il loro pieno accesso agli atti e la piena conoscenza dei fatti. 2. Nel processo amministrativo è assicurato il pieno rispetto del principio del contraddittorio. 3. Il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo*".

In particolare la relazione ha sottolineato che si è voluto richiamare accanto ai principi costituzionali i principi del diritto europeo "*con ciò conferendo ulteriore crisma di legittimità a quella tendenza dell'ordinamento a strutturarsi come un sistema connotato dall'esistenza di una rete europea di garanzie costituzionali e*

processuali, da tribunali sovranazionali e nazionali che interagiscono come giurisdizioni appartenenti a sistemi differenti ma fra di loro collegati”.

Quindi prosegue la relazione “Il principio di effettività e di pienezza della tutela trova una ricaduta immediata nella disciplina delle azioni che si articola nel libro primo configurando forme di tutela di ricchezza ed estensione del tutto analoghe alle forme di tutela concesse dal processo civile, con le specificità necessarie alla natura delle vicende trattate dalla giurisdizione amministrativa che si caratterizzano sempre per la presenza del pubblico potere.

L’apertura dell’ordinamento interno all’ordinamento europeo implica la necessità di costruire un processo connotato da una tutela piena ed effettiva, quale viene richiesta dalla società che si muove nel mondo delle relazioni globali.

L’effettività è la capacità del processo di conseguire risultati nella sfera sostanziale. La codificazione ha avuto come scopo l’effettività e l’effettività è principio connotante il nuovo processo amministrativo. Si trattava di dare al giudice amministrativo gli strumenti necessari affinché gli scopi voluti dal legislatore posti venissero conseguiti con migliore efficacia”.

Occorre quindi anche verificare se la disposizione dell’articolo 110 (ex 120) del codice del processo secondo cui le decisioni del Consiglio di Stato sono impugnabili in Cassazione per i soli motivi inerenti la giurisdizione sia espressione del principio di effettività anche comunitaria e del principio del giusto processo, recepito nell’articolo 111 della Costituzione.

Nella sentenza 30254/08 del 23.12.2008¹ la Corte di Cassazione al paragrafo 9 della decisione, nell’interrogarsi sull’attuale significato della disposizione normativa inserita nell’articolo 111 comma 8 della Costituzione si è riferita al fatto che, anche a proposito di questa norma, l’interpretazione deve tenere conto dell’evoluzione che nel tempo l’ordinamento nel suo complesso ha conosciuto (par. 10.1. sentenza). Ed al primo punto dell’evoluzione ha ricordato il “rapporto tra diritto comunitario ed ordinamento interno ed il ruolo della giurisdizione nel rendere effettivo il principio del primato del diritto comunitario. In particolare in tale sentenza ha affermato a chiare lettere l’autonomia dell’azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento evocando spesso il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

¹ Cfr. il commento di E. PICOZZA *La tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale e non viceversa. Commento a cassazione civile sezioni unite n. 30254/08 del 23.12.2008”*, in *Corr. giur.* n.5 del 2009 p.659 e ss

D'altra parte perfino la Corte Costituzionale ha compiuto in questi anni un coraggioso abbandono del criterio dualistico nella ricostruzione dei rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno (sentenze 406/2005 e 129/2006) riconoscendo non solo il primato ma anche la diretta applicazione nell'ordinamento interno dei principi generali del diritto internazionale (sentenze 348 e 349 del 2007) ed ha imposto a tutti i giudici di applicare il criterio della interpretazione conforme alle fonti superiori, con specifico riguardo a quella costituzionale ed a quelle europee (sentenze 50/2007); a maggiore ragione penso che la corte di Cassazione non possa sottrarsi al suo ruolo di garante giurisdizionale della medesima integrazione.

3. La Cassazione, già con la sentenza n. 500/1999 e successivamente con le ordinanze 13/15 giugno 2006 nonché con la sentenza 27.12.2008 n. 27169 e successive ha chiaramente affermato che la tutela giurisdizionale apprestata dal giudice amministrativo deve essere completa.

Si tratta delle ordinanze della Suprema Corte di Cassazione nelle ordinanze n. 13659, 13660 del 13 giugno 2006 e 13911 del 15 giugno 2006, (come anche ribadito nella sentenza 14842/2006 e confermato nella sentenza SS.UU. 7 febbraio 2007, n. 2688) in cui si è statuito che, qualora il giudice amministrativo neghi il proprio potere di provvedere in via autonoma sulla domanda risarcitoria, la relativa pronuncia sarà considerata come un'ingiusta declinatoria di giurisdizione, soggetta perciò al sindacato della Corte di Cassazione (cfr. Cass. SS.UU. 13660 del 13 giugno 2006, pag. 33): *“Dunque il rifiuto della tutela risarcitoria autonoma, motivato sotto gli aspetti indicati, si rivelerà sindacabile attraverso il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione. Il giudice amministrativo avrà infatti rifiutato di esercitare una giurisdizione che gli appartiene”*.

Il fondamento costituzionale cui la Cassazione ancora la propria posizione è la scelta della priorità della *“piena tutela del cittadino”* o utilizzando le parole della Corte di Cassazione *“il valore di effettività e di concentrazione della tutela sottese all'art. 111 ed in particolare al principio della ragionevole durata dei processi”*².

Il punto centrale invocato dalla Cassazione riguarda la effettività della tutela del cittadino e la considerazione che la necessità di

² Così Cass. S.U.13660 del 13 giugno 2006 pag. 25: *“Le sezioni unite...ritengono che sia necessario accedere ad una soluzione che, mentre tiene conto dei principi costituzionali che legano la tutela giurisdizionale offerta dai due ordini di giudici alle situazioni soggettive, alla luce del criterio enunciato dall'art. 103 Cost., fa propri i valori di effettività e di concentrazione della tutela sottesi all'art. 111 Cost. – e in particolare al principio della ragionevole durata dei processi – che la Corte Costituzionale ha assunto come criterio –guida di interpretazione delle altre norme in materia di giustizia”*.

concentrare la tutela innanzi al giudice amministrativo non può e non deve “recare pregiudizio alla tutela sostanziale delle situazioni soggettive sacrificate dall’agire illegittimo della pubblica amministrazione”(Cass. SS.UU., 13660 del 13 giugno 2006, pag. 32)³.

Pertanto considerato che, in relazione alla tutela risarcitoria, è venuto meno sul piano del diritto sostanziale la differenza tra le situazioni che nell’ordinamento trovano protezione, occorre che siano omologati gli interessi legittimi ai diritti quanto al bagaglio delle tutele.

La Corte di Cassazione ha molto insistito sul principio di effettività della tutela.

Ma, come è noto, i concetti di completezza e di pienezza della tutela appartengono sia alla categoria della effettività sia agli elementi funzionali del giusto processo⁴.

Ora, a mio avviso, la Corte di Cassazione ha scisso i due elementi perché con una serie di sentenze riguardanti tutte le giurisdizioni superiori (amministrativa, contabile, tributaria, TSAP) ha detto chiaramente che il controllo del rispetto del giusto processo appartiene alla giurisdizione che ha il compito di assicurarla e quindi costituisce nel linguaggio corrente un limite interno e non esterno di giurisdizione. Peraltro la formula adoperata nell’articolo 101 della Costituzione, dopo la novella del 1999, si presta a due interpretazioni

³ Per maggiore chiarezza si rinvia alle parole della Corte di Cassazione, SS.UU., sent. 13660 del 13 giugno 2006, pagg. 31 – 32): “Se dal piano delle forme di tutela ci si sposta a quello del riparto della funzione di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi nei confronti della pubblica amministrazione, un’interpretazione costituzionalmente orientata delle norme che hanno attribuito al giudice amministrativo la giurisdizione sul risarcimento del danno consente di riconoscere loro la portata di avere dato al giudice amministrativo giurisdizione anche solo in rapporto alla tutela risarcitoria autonoma. Ma ciò perché, nel bilanciamento tra valori rilevanti sul piano costituzionale, è da riconoscere legittimità ad una norma che, mentre concentra la tutela giurisdizionale presso il giudice amministrativo, non reca pregiudizio alla tutela sostanziale delle situazioni soggettive sacrificate dall’agire illegittimo della pubblica amministrazione”.

“D’altra parte, questa interpretazione è la sola che riesce a rendere operanti insieme, per le situazioni soggettive di cui ora ci si occupa, il valore della giurisdizione piena e quello di una tutela sostanziale degli interessi legittimi non difforme da ogni altra situazione protetta in rapporto alla tutela risarcitoria”.

⁴ V. F.G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2006, p. 142, secondo il quale sono riconducibili ai principi del giusto processo, sulla base dell’intero testo costituzionale, i seguenti principi suddivisi in principi strutturali e principi funzionali.

Quanto ai primi esso include: i principi di precostituzione (articolo 25 comma 1, Costituzione); indipendenza (articolo 108 comma 2 della Costituzione); terzietà ed imparzialità del giudice (articolo 111 comma 2 della Costituzione); il principio della necessaria motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali (articolo 111, comma 6).

Il principio del giusto processo, da un punto di vista funzionale annovera: il principio della generalità della tutela giurisdizionale e dell’inviolabilità del diritto di difesa (articolo 24 della Costituzione, commi 1, 2 e 3), il principio della pienezza della tutela (articolo 113 della Costituzione, comma 2), il principio della tempestività della tutela (articolo 111 della Costituzione, comma 2); il principio della tendenziale massima accessibilità alla tutela nel merito come corollario del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

contrapposte. Essa infatti dispone testualmente: *“la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”*.

In base al criterio di specialità delle fonti del diritto non sembra possibile dubitare che le leggi attuali sul processo amministrativo – e si spera nel prossimo futuro il codice – sono la sede naturale nella quale gestire ed assicurare il rispetto del principio del giusto processo medesimo.

Questo obiettivo però si può ottenere solo a due condizioni:

a) prima di tutto entrando nell’ottica del c.d. ordinamento multilivello, cioè integrando ed interpretando le fonti processuali con i principi del diritto comunitario ed internazionale;

b) applicando in concreto le singole disposizioni del codice mediante l’interpretazione c.d. costituzionalmente orientata.

In termini pratici però manca un controllo finale anche da parte di un organo interno come l’Adunanza Plenaria sul mancato raggiungimento di tale finalità

Infatti la soluzione data dal codice è che se il procedimento di 2 grado accerta che quello di primo grado ha violato le regole del contraddittorio, i diritti di difesa delle parti o i canoni del riparto di giurisdizione, deve rinviare la controversia al medesimo giudice di primo grado. Ma, se ciò non avviene il codice non appresta ulteriori strumenti di tutela in quanto, costituendo tali violazioni comunque violazioni del principio del giusto processo, rappresentano limiti interni di giurisdizione.

La soluzione data dallo schema di codice non sembra perciò essere conforme all’articolo 111 della Costituzione e nemmeno all’articolo 113 nella parte in cui quest’ultimo afferma che la tutela non può essere limitata all’esperienza di particolari mezzi di impugnazione. Non parliamo poi dell’ipotesi della giurisdizione esclusiva di cui all’articolo 103 della Costituzione, nella quale i diritti soggettivi dei privati subiscono una diminuzione dei mezzi di impugnazione solo perché controparte è una pubblica amministrazione.

- C’è poi un altro modo di intendere il giusto processo che è quello fondato non sullo strumento (giusto processo) ma sul concetto stesso di giurisdizione per cui la violazione del giusto processo diventa una vera e propria violazione dell’obbligo di attuazione della funzione giurisdizionale. Su questo punto, analizzando le pronunce citate delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sembra di potere affermare che alla Suprema Corte interessi più il rispetto del principio di effettività della tutela visto come dovere sostanziale dal giudice amministrativo di pronunciarsi con completezza su tutte le azioni proposte; ed in termini più squisitamente processuali su tutte le domande ai sensi del combinato disposto degli artt. 99 e 112 c.p.c.. Di

conseguenza il principio del giusto processo pur non entrando dalla porta principale costituita dal limite esterno di giurisdizione rientra dalla finestra mediante le intersezioni dei due elementi comuni al principio di effettività ed al principio del giusto processo medesimo; cioè la pienezza e completezza della tutela da parte del giudice amministrativo⁵.

Infatti la Corte di Cassazione nelle ordinanze del 2006 ha deciso di rinviare la controversia al giudice amministrativo perché esso, sulla base del presupposto della pregiudizialità dell'annullamento, non aveva autonomamente deciso sulla domanda di risarcimento del danno.

Peraltro non si pone solo la questione risarcitoria. La problematica riguarda anche la soppressione dell'azione di accertamento ed in particolare la dichiarazione di nullità del provvedimento, per lo meno nei casi di giurisdizione esclusiva quali ad esempio le controversie in materia di pubblica utilità o riguardanti la fattispecie dell'acquisizione sanante ex articolo 43 D.p.R. 327/2001.

In tutti questi casi se l'omessa pronuncia è compiuta dal TAR è rimediabile con le impugnazioni interne al sistema di giustizia amministrativa. Ma se è commessa dal Consiglio di Stato non resta che il ricorso alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. In buona sostanza quindi la soluzione data dal codice sembra difettare di completezza.

Secondo l'analisi logica prima ancora che giuridica se tra gli elementi funzionali del giusto processo rientra la pienezza e completezza della tutela ed in secondo luogo se la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge, la loro violazione ben potrebbe essere dedotta come mancato o parziale esercizio della giurisdizione intesa come funzione e non come procedura all'interno di una giurisdizione.

La Corte Costituzionale ha, già nella sentenza 77/2007 sulla *translatio iudicii*, dato chiari segnali di preferire il primo senso di giurisdizione enunciando il principio di unità della funzione giudiziaria. In linea di principio dovrebbe essere lo stesso Consiglio di Stato ad interpretare il codice in modo conforme, ove possibile alla Costituzione, ovvero in caso di accertata incompatibilità, sospendere il giudizio ed investire la Corte Costituzionale già nella fase di appello. Ma la prassi fa dubitare e quindi è molto più prevedibile che in futuro tale operazione sia svolta dalle stesse Sezioni Unite investite della controversia come pure nel caso di omesso rinvio alla Corte di

⁵ Per una approfondita analisi si rinvia ad A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giornale di dir. amm.*, 2004, p. 974 ss.; ID., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. I, *Profili teorici e ricostruzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000.

Giustizia per la questione pregiudiziale. Le problematiche suseposte sono concretamente aggravate dall'obiettivo spostamento dei caratteri della giurisdizione amministrativa dalla giurisdizione di legittimità a quella esclusiva come riconosciuto dalla Corte Costituzionale nella decisione n. 35 del 2010: *“Nella definizione dei confini della giurisdizione esclusiva è pertanto necessario, in primo luogo, che la controversia involga situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse. E' bene però aggiungere che, se è pur vero, in linea con le ragioni storiche all'origine della configurazione di tale giurisdizione, che è normalmente necessaria la sussistenza di un intreccio di posizioni giuridiche nell'ambito del quale risulti difficile individuare i connotati identificativi delle singole situazioni soggettive, non può escludersi che la cognizione del giudice amministrativo possa avere ad oggetto, ricorrendo gli altri requisiti indicati di seguito anche soltanto diritti soggettivi (sentenza n. 259/2009)”* (si veda anche la sentenza della Corte Costituzionale n. 140 del 27 aprile 2007).

4. In via subordinata, in alternativa ad una estensione dei motivi di giurisdizione, strada prescelta al momento attuale dalla Corte di Cassazione, al fine di garantire il principio di effettività della tutela sarebbe necessario prevedere una riforma dell'articolo 111 comma 8 della Costituzione.

La suddetta riforma potrebbe condurre all'introduzione di un terzo grado di giudizio o creando una vera e propria Cassazione amministrativa, secondo ad esempio il modello francese, oppure attribuendo un più ampio potere di controllo di legittimità alla Corte di Cassazione.

Senonché qualora si accetti la tesi qui proposta del significato di giurisdizione (cioè attraverso il giusto processo ed in particolare i suoi elementi funzionali della completezza e pienezza della tutela) non appare a mio giudizio necessaria alcuna riforma costituzionale bensì sarebbe sufficiente un semplice decreto integrativo e correttivo dell'attuale articolo 110 (ex 120) della bozza del codice che qualifichi le ipotesi di incompleta tutela o incompleto esercizio della giurisdizione.

Così pure sarebbe possibile introdurre un terzo grado deferito all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, organo che già esiste con funzione di controllo della legittimità, almeno nell'esercizio della nomofilachia, eventualmente con costituzione di un filtro sull'ammissibilità dei ricorsi come già avvenuto per la Corte di Cassazione a Sezioni Unite in seguito alla legge 69 del 2009.

Infatti appare oramai difficilmente sostenibile, alla luce dei principi comunitari e nazionali sopra citati che la diversità del sistema della giustizia amministrativa implichi la rinuncia al terzo grado di giudizio.

o o o o o o o o

dr.ssa Serena OGGIANU

Il ruolo dell'Adunanza Plenaria nella riforma del processo amministrativo.

La delega al Governo contenuta nell'art. 44 della l. n. 69/2009 per il riassetto della disciplina del processo amministrativo prevede alla lett. g del co. 2 tra i criteri direttivi il riordino del "sistema delle impugnazioni, individuando le disposizioni applicabili, mediante rinvio a quelle del processo di primo grado, e disciplinando la concentrazione delle impugnazioni, l'effetto devolutivo dell'appello, la proposizione di nuove domande, prove ed eccezioni".

Tuttavia, come anticipato dalle relazioni che mi hanno preceduto, non sono state apportate modifiche al ruolo spettante all'Adunanza Plenaria nel sistema giurisdizionale amministrativo.

In particolare, nulla sembra cambiato quanto alla funzione nomofilattica affidata al Consiglio di Stato dal R.D. n. 642 del 1907 e fondata costituzionalmente sull'art. 111, ul. Co. Cost.

La prossima adozione del codice del processo amministrativo offre nondimeno lo spunto per due ordini di riflessioni, l'uno de iure condito, l'altro de iure condendo.

Sotto il primo profilo, non è stata estesa all'Adunanza Plenaria la soluzione adottata per la Corte di Cassazione all'art. 374, co. 3 c.p.c., ai sensi del quale la sezione semplice della Corte di Cassazione deve adire le Sezioni unite solamente quando "ritiene di non condividere il principio di diritto" enunciato dalle stesse. Difatti, in linea di principio non sembrano opporsi all'applicazione di tale vincolo al giudizio dinnanzi al Consiglio di Stato ragioni di natura processuale, attinenti alla natura di giurisdizione speciale ai sensi dell'art. 111, ult. co. Cost. Basti pensare che la stessa soluzione è stata adottata per la Corte dei Conti dall'art. 42, co. 2 della l. n. 69/2009, giurisdizione la cui disciplina è nella Costituzione comune a quella del Consiglio di Stato.

Le ragioni per cui anche la Commissione di riforma del processo amministrativo non ha ritenuto di poter aderire al modello del deferimento obbligatorio codificato per la Corte dei conti afferiscono essenzialmente al carattere magmatico della materia amministrativa, sia quella risultante dal diritto positivo, sia quella derivante dal diritto vivente. La continua evoluzione del diritto amministrativo, il carattere

non statico ma dinamico della materia, sia sotto il profilo della disciplina di diritto positivo che sotto quello della sua interpretazione ed applicazione da parte degli organi giurisdizionali, rende in altre parole difficilmente praticabile un vincolo che presuppone al contrario una tendenziale staticità della legislazione e della giurisprudenza. Si pensi a titolo meramente esemplificativo alle vicende che hanno interessato alcuni settori ed istituti, come la materia degli appalti pubblici ed in particolare alle numerose modifiche apportate al Codice dei contratti pubblici, nonché alla figura dell' "in house" nella giurisprudenza della Corte di giustizia e del giudice amministrativo, spesso oggetto di ripensamenti e aggiustamenti, anche in tempi recenti.

A ciò non può che corrispondere un ruolo altrettanto dinamico del giudice amministrativo nell'ambito del nuovo assetto ordinamentale, come risultante dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Quest'ultima, infatti, come noto, in una serie di sentenze del 2006 e 2007 ha aderito alla configurazione monista dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario da sempre sostenuta dalla Corte di giustizia, fino a riconoscere le norme dell'Unione europea quali norme interposte ai sensi dell'art. 117, co. 1 Cost. e quindi quali parametri di legittimità costituzionale delle norme di legge primaria. Di conseguenza, non sembra più attagliarsi all'attuale situazione ordinamentale la tesi delle relazioni tra ordinamenti, come elaborata da illustre dottrina (si pensi a Santi Romano e a M.S. Giannini), dovendosi piuttosto riconoscere l'emersione di un ordinamento multilivello, in cui il livello istituzionale centrale è solo uno dei livelli in cui l'ordinamento statale si articola, poiché risulta affiancato da altri livelli istituzionali, sovranazionali (in particolare l'ordinamento comunitario e quello internazionale) e intranazionali (in particolare quello regionale e comunale, soprattutto a seguito del federalismo amministrativo prima e costituzionale, poi) che in molte materie assumono un'importanza certamente non secondaria.

Il giudice amministrativo, a differenza del giudice contabile e del giudice civile, si muove molto più frequentemente in questo ordinamento multilivello, sia con riferimento al diritto comunitario sia con riferimento al diritto interno, con la conseguenza che la funzione nomofilattica esercitata dal Consiglio di Stato, specialmente in composizione plenaria, assume una connotazione peculiare, poiché non si limita alla corretta interpretazione del diritto vigente, ma si estende ad assicurare, quanto meno con riferimento alle controversie definite con sentenze non ricorribili in Cassazione per motivi di giurisdizione, il rispetto dell'equilibrio tra i livelli istituzionali che

vengono in evidenza in materie che sempre più frequentemente, anche in un'ottica di leale collaborazione, assumono carattere trasversale a livello nazionale e a livello sovranazionale.

Senza poter in questa sede affrontare adeguatamente il tema dell'oggetto del processo amministrativo, peraltro esaminato funditus da illustre dottrina, sembra tuttavia necessario aggiungere un riferimento alla particolare qualità dei provvedimenti che sempre più frequentemente sono oggetto di impugnazione, che non sempre hanno natura meramente amministrativa. Il riferimento è in particolare alle decisioni adottate dalle Autorità amministrative indipendenti, le quali sono sostanzialmente paragiurisdizionali o in senso lato giustiziali. Di conseguenza, anche sotto questo profilo, il mantenimento della tecnica facoltativa sembra più aderente alla differente realtà del processo amministrativo.

Per inciso si può da ultimo rilevare nell'ambito del medesimo ordinamento multilivello un differente ruolo svolto dalla Corte costituzionale nell'esercizio della funzione nomofilattica a lei spettante, come dimostrato dalle già citate sentenze relative ai rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamenti comunitario e internazionale: infatti, tale ruolo si potrebbe definire creativo (e quindi non di garanzia del rispetto dell'ordinamento, come nel caso delle Sezioni Unite della Cassazione e dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato), poiché attraverso l'interpretazione delle norme costituzionali ha ricostruito in termini di integrazione il rapporto per lungo tempo configurato in termini di separazione coordinata.

De iure condendo, accanto al problema centrale relativo alla mancanza di un terzo grado di giudizio specialmente nella giurisdizione amministrativa esclusiva, così come rimodulata dalla nota sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale, problema già affrontato dalle pregevoli relazioni che mi hanno preceduta, si pone la questione circa l'opportunità di creare un filtro preliminare omogeneo all'accesso all'Adunanza plenaria come previsto per la Cassazione dall'art. 47 della l. n. 69 del 2009, che introduce un nuovo art. 360 bis c.p.c. sull'inammissibilità del ricorso: "1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa; 2) quando e' manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo".

Si tratta, infatti, di una previsione che nel caso del Consiglio di Stato parrebbe opportuno limitare ai casi in cui si prevede il deferimento del caso controverso all'Adunanza Plenaria e non rispetto alla sezione semplice, stante la commistione di funzioni di giudice

d'appello e di funzioni nomofilattiche dell'organo di vertice della giurisdizione amministrativa. Infatti, senza questo adattamento si priverebbe il processo amministrativo del secondo grado, in contrasto peraltro con la previsione di cui all'art. Cost. è inoltre necessario precisare che mentre l'art. 360 bis c.p.c. si riferisce ad un mezzo di impugnazione, il ricorso in Cassazione appunto, il ricorso all'Adunanza Plenaria non costituisce un mezzo di impugnazione, ma si inserisce nel processo prima che la controversia sia definita con sentenza ed anzi la soluzione del caso è adottata direttamente dal supremo consesso amministrativo; correlativamente, mentre il ricorso in cassazione è ad istanza di parte, l'Adunanza plenaria può essere adita dalla sezione o dal Presidente del Consiglio di Stato. Anche sotto questo profilo, dunque, l'istituto, che può essere suscettibile di estensione quanto all'idea di fondo, necessita un adattamento alle dinamiche proprie del processo amministrativo.

Del resto si tratta di una soluzione presente anche in altri ordinamenti di civil law, in cui la giustizia amministrativa è distinta dalla giustizia civile.

Nell'ordinamento francese il Conseil d'Etat è, in materia di contenzioso amministrativo, al tempo stesso organo di vertice dell'ordine giurisdizionale amministrativo e giudice di Cassazione. Tuttavia il profilo organizzativo (cour suprême) e quello funzionale (jurisdiction de cassation) non sempre coincidono, dal momento che il codice di giustizia amministrativa (CJA) ha previsto una diversa procedura per il ricorso al Consiglio di Stato quale giudice di una nomofilachia "preventiva", rispetto a quella esercitata in forza del rinvio allo stesso giudice come corte di ultima istanza.

L'accesso al Conseil d'état quale giudice di cassazione si caratterizza, infatti, dal punto di vista procedurale, da una fase preliminare in cui viene sindacata l'ammissibilità dell'istanza, che precede la trattazione del ricorso. La procedura è imperniata sul principio inquisitorio e si svolge in assenza di contraddittorio tra le parti. In particolare, dispone l'art. 11 della l. 1127/1987: "il ricorso per cassazione davanti al Consiglio di Stato è oggetto di una procedura preliminare di ammissione. L'ammissione è rifiutata con decisione giurisdizionale, se il ricorso è irricevibile o non è fondato su alcun motivo serio". Dal punto di vista delle ipotesi di inammissibilità, posti in disparte i casi di irricevibilità che presentano scarso interesse rispetto al discorso che si va svolgendo, appare interessante rilevare l'elasticità della previsione normativa che fa riferimento alla condizione che il ricorso non sia fondato su "alcun motivo serio". La formulazione al negativo, infatti, estende i confini dell'ammissibilità, poiché sembra escludere i soli ricorsi che si presentino manifestamente

non seri, cioè non imperniati su fondate questioni di diritto; dall'altro, proprio ulteriore attitudine all'adattamento è data dal riferimento al "motivo serio" non meglio specificato. Si tenga inoltre presente che la decisione che contiene il rifiuto dell'ammissibilità dell'istanza presenta una motivazione neutra e succinta ed è ammesso il solo ricorso per correzione di errori materiali o in revocazione, non anche – sebbene questo non abbia mancato di sollevare critiche – l'opposizione di terzo. Tale istituto, così come configurato nell'ordinamento francese, presenta allora il pregio di limitare l'accesso al Conseil d'état quale giudice di cassazione solamente a quei ricorsi che pongano questioni di diritto di un qualche valore (per inciso si tenga presente che è prevista la possibilità di infliggere un ammenda a carico di coloro che presentino ricorsi temerari), alla stregua di una valutazione che è rimessa alle stesse sottosezioni dell'organo giurisdizionale adito.

Nell'ordinamento tedesco la giurisdizione amministrativa si articola in tre gradi di giudizio: tribunali di prima istanza (Tribunali amministrativi, Verwaltungsgerichte), tribunali di appello (Tribunali amministrativi superiori, Oberverwaltungsgerichte, OVG) ed un Tribunale amministrativo federale (Bundesverwaltungsgerichte, BverwG).

A quest'ultimo, in prima battuta, è affidato l'esercizio della funzione nomofilattica, in seno al ricorso di revisione, disciplinato dalla XIII sezione (revisione) della legge sul processo amministrativo (Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO) del 21 gennaio 1960. In particolare, ai sensi del par. 132 "contro la sentenza definitiva di un tribunale amministrativo superiore (...) alle parti spetta la revisione solo se il tribunale amministrativo superiore l'ha ammessa o se l'ha ammessa il tribunale federale amministrativo su ricorso contro la non ammissione" (co. 1).

Anche la legge tedesca, quindi, condiziona il ricorso in revisione ad una previo giudizio di ammissibilità rimesso al giudice di seconda istanza e, in sede di impugnazione della decisione di questo, al Tribunale amministrativo federale. Le condizioni di ammissibilità della revisione sono enunciate al co. 2 del citato par. 132: "la revisione è da ammettere se: 1) la causa ha un'importanza fondamentale; 2) la sentenza diverge da una decisione del Tribunale di revisione o del Senato comune delle supreme corti del Bund e si basa su questa divergenza; 3) viene fatto valere ed è presente un vizio processuale sul quale può basarsi la decisione". Conclude il par. 3 che "il tribunale federale amministrativo è vincolato all'ammissione".

Rispetto alla procedura di ammissibilità prevista dall'ordinamento francese, si possono rilevare delle differenze notevoli quanto al

soggetto cui è rimessa la decisione preliminare, quanto al regime di questa pronuncia e quanto alle condizioni previste. Sotto il primo profilo, la pronuncia sull'ammissibilità è rimessa al giudice di seconda istanza e non all'organo giurisdizionale di ultima istanza cui è affidata la funzione nomofilattica; quest'ultimo si esprime solo in caso di impugnazione della decisione. Di conseguenza, quanto al secondo punto, è previsto un secondo grado anche per questa fase preliminare. Infine, quanto al terzo, la formulazione della norma si preoccupa di assicurare l'accesso al giudizio di terzo grado prevedendo in positivo le ipotesi in cui la revisione è da ammettere e che attengono rispettivamente alle tradizionali declinazioni della funzione nomofilattica, vale a dire all'importanza della questione di diritto emergente dalla controversia, al rispetto del vincolo del precedente e alla risoluzione dei contrasti giurisprudenziali, ed infine ai vizi procedurali che possono inficiare la decisione, profilo questo che sembra corrispondere al rispetto dei principi in cui si articola il giusto processo.

Anche nel giudizio in cassazione spagnolo ricorre una fase di ammissibilità che precede il giudizio nel merito, talora precludendolo (se l'esito della prima è negativo) ed è rimessa al giudice di cassazione. Tuttavia, il sistema giurisdizionale amministrativo è configurato in modo tale da consentire, al solo fine di assicurare l'uniformità della giurisprudenza, l'accesso all'organo di vertice (ricorso in cassazione per l'unificazione della dottrina). Ai fini dell'ammissibilità si richiede che il ricorso si fondi sulla violazione di norme del diritto statale o comunitario europeo, che sia rilevante e determinante per la decisione impugnata e sempre che tali norme siano state invocate nel processo o prese in considerazione dalla corte decidente nel pronunciare la propria sentenza (salvo le eccezioni espressamente indicate); si pone inoltre la clausola generale in forza della quale spetterà in ogni caso il ricorso in cassazione contro le sentenze di unica o ultima istanza, che dichiarino nulla o conforme al diritto una disposizione di carattere generale (art. 86 LJCA). L'inammissibilità deve essere dichiarata quanto l'atto non rientra tra quelli ricorribili in cassazione ovvero nel ricorso non si fanno valere i motivi indicati dalla legge, trattandosi di un'impugnazione a critica vincolata; se altri ricorsi sono stati decisi nel merito in senso sostanzialmente uguale; se il ricorso è manifestamente infondato; se il ricorso è carente di interesse cassazionale poiché non afferisce ad un gran numero di situazioni e non presenta il carattere di generalità. L'ordinanza con la quale la sezione del contenzioso amministrativo del Tribunale supremo decide sull'ammissibilità del ricorso non è appellabile.

Quanto al nostro ordinamento, peraltro, si noti per inciso che è lo stesso Consiglio di Stato a dover decidere sulla istanza di sospensione della propria sentenza in caso di ricorso per cassazione alle sezioni unite.

Questo mi sembra contrario al principio del giusto processo, trattandosi di ordine giurisdizionale diverso da quello civile e quindi non potendosi applicare direttamente l'articolo 373 c.p.c. (“Il ricorso per cassazione non sospende l'esecuzione della sentenza. Tuttavia il giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata può, su istanza di parte e qualora dall'esecuzione possa derivare grave e irreparabile danno, disporre con ordinanza non impugnabile che la esecuzione sia sospesa o che sia prestata congrua cauzione”), la cui ratio è profondamente diversa.

Infatti in tal caso il giudice competente (Corte di Appello) alla sospensione è quello che ha pronunciato la sentenza impugnata in terzo grado, normalmente dinanzi alle sezioni semplici della cassazione.

Invece nel caso di ricorso per motivi di giurisdizione, soprattutto quando si tratta di casi di giurisdizione esclusiva e di omessa pronuncia su una delle domande presentate (accertamento, nullità del provvedimento amministrativo, condanna al risarcimento del danno ecc..), il principio del giusto processo ex articolo 111 cost richiede che si pronunzi il giudice naturale precostituito per legge per decidere sulla questione di giurisdizione medesima.

L'introduzione di un filtro di ammissibilità che consenta, tenendo conto della dinamicità del diritto amministrativo già rilevata, di portare all'attenzione dell'Adunanza plenaria solamente le questioni di diritto di massima importanza ed i contrasti giurisprudenziali, attuali o potenziali, che possano effettivamente pregiudicare il principio della certezza del diritto rafforzerebbe il ruolo di giudice della nomofilachia (amministrativa) spettante a quest'organo.

Difatti, la previsione di questo istituto adeguatamente modulato rispetto al nostro sistema di giustizia amministrativa permetterebbe, da un lato, di superare le difficoltà connesse alla commistione tra la funzione nomofilattica anzidetta e il ruolo di giudice di secondo grado spettante al Consiglio di Stato. A tale proposito si devono ricordare i casi in cui il Consiglio di Stato, proprio nella sua composizione al plenum, quindi in Adunanza Plenaria, non si sia pronunciato sulla questione di massima ovvero sul contrasto giurisprudenziale sottoposto al suo sindacato, perchè si è limitato a decidere il merito del ricorso ovvero a definire la controversia in rito a causa di eventi diacronici relativi al giudizio. Ne consegue che la commistione della figura di giudice della nomofilachia e giudice di appello può

determinare il sacrificio dell'interesse dell'ordinamento alla corretta interpretazione e applicazione della legge (intesa in senso lato) e quindi dell'unità del diritto oggettivo nazionale, con conseguente violazione dei principi costituzionali di eguaglianza, di effettività della tutela giurisdizionale e del giusto processo.

Dall'altro, l'applicazione di questo filtro quanto alle questioni da portare all'attenzione dell'Adunanza Plenaria potrebbe rafforzare per altra via il vincolo del precedente, che come visto non sembra realizzabile in termini analoghi alla Corte di Cassazione e alla Corte dei conti. Peraltro questa soluzione sembra superare i rilievi già operati quanto al vincolo delle sezioni semplici rispetto alle sezioni unite e alle sezioni riunite, dal momento che l'inciso di cui al n. 1 del primo comma dell'art. 360 bis introduce una clausola di salvaguardia, prevedendo la condizione che "l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa".

Le considerazioni che precedono conducono allora ad una conclusione di ordine generale, che necessariamente si ricollega alle relazioni che mi hanno preceduta in una visione complessiva del ruolo spettante all'Adunanza plenaria nel nuovo assetto del processo amministrativo derivante dalla riforma.

Sotto questo profilo appare necessario scindere l'aspetto sostanziale dall'aspetto processuale del diritto di azione riconosciuto e tutelato dalla Costituzione all'art. 24.

Difatti, in linea con autorevole dottrina (si pensi all'insuperato insegnamento del Chiovenda) e da un punto di vista sostanziale, occorre considerare la tipologia delle azioni esperibili quale contenuto indefettibile del concetto di diritto, quale situazione soggettiva giuridicamente protetta secondo il principio di effettività della tutela giurisdizionale e del giusto processo. In altre parole le azioni a tutela del diritto devono essere concepite come diritti potestativi.

Dal punto di vista processuale si deve fare invece riferimento al concetto di domanda, di cui all'art. 99 c.p.c. e alla corrispondente veste processuale che assume (ricorso, citazione, etc.).

Ne consegue che quante volte si rilevi la non perfetta corrispondenza tra azione in senso sostanziale e azione in senso processuale occorrerà individuare i possibili rimedi.

Proprio in questa prospettiva, allora, la funzione di nomofilachia interna spettante all'Adunanza Plenaria può svolgere un ruolo di fondamentale importanza attraverso un'interpretazione evolutiva, come già fatto per le problematiche dell'appello. In alternativa de iure condito si impone un ripensamento del concetto di limite esterno, come efficacemente rilevato dalla Prof.ssa Ferroni ovvero la

proposizione di questioni di legittimità costituzione della legge processuale per violazione dell'art. 111 Cost..

o o o o o o o o

B) INTERVENTI
(A cura di Lucia Murgolo)

Il **prof. Eugenio Picozza**, al termine delle relazioni, formula un'annotazione che andrebbe rivolta al vertice delle istituzioni: occorre capire come situare la problematica del processo amministrativo nel contesto più ampio del federalismo. Se i politici hanno dimostrato di non interessarsi molto del processo amministrativo, capiscono però la necessità di un giudice più vicino al territorio. Le <<corti d'appello amministrativo>> sono già realtà in Francia. Un problema ora trattato a livello squisitamente accademico diverrebbe problema reale di controllo del sistema.

o o o o o o o o

(A cura di Lucia Murgolo)

Il **prof. Vincenzo Caputi Jambrenghi** esordisce con una considerazione: la magmatica riforma del processo amministrativo deve essere considerata in prospettiva e in retrospettiva. Ai fini della ricostruzione storica, l'anzianità anagrafica di chi osserva e analizza i fatti può costituire un "vantaggio", se così si può dire. Caputi Jambrenghi ricorda i tempi di un Consiglio di Stato quasi allergico alla norma di legge, un Consiglio di Stato che diceva: <<che ne facciamo della legge?... c'è la nostra giurisprudenza>>. Fino a qualche lustro fa, in udienza pubblica, quando c'era un'eccezione formale fondata sulla lettera della legge, la risposta dei giudici di Palazzo Spada era <<cosa volete che interessi la lettera della legge, se abbiamo la nostra giurisprudenza...>>. Naturalmente, si trattava di questioni opinabili o marginali, tuttavia affrontate con un atteggiamento particolare. Nulla che facesse pensare a una forma di vilipendio del legislatore o del sistema legislativo, piuttosto un vezzo, non già quello di prescindere dalla legge, ma di considerarla alla stregua della giurisprudenza. Se questo fenomeno è cessato, si deve a ragioni di maggiore certezza giuridica, perchè lo sviluppo dell'economia - e delle liti - ha trasformato il giudice amministrativo soprattutto in un giudice dell'economia e il mondo economico ha un crescente bisogno di certezze giuridiche. L'avverbio "soprattutto" è un auspicio, perchè non si perda - con la riforma della giustizia

amministrativa - il giudice di tanti altri rapporti, ad esempio dei rapporti istituzionali, dei rapporti politici, della garanzia dell'imparzialità dell'Amministrazione pubblica, della distinzione tra amministrazione e indirizzo politico, perché non vada dispersa la giurisdizione elettorale, o quella sul pubblico impiego non contrattualizzato. Il plesso T.a.r.-Consiglio di Stato non deve diventare soltanto un giudice dell'economia, ancorché sia gran cosa disporre di un giudice moderno, capace di interpretare con tempestività e sapienza le evoluzioni anche del diritto sostanziale, quale la problematica sempre riemergente e mai abbastanza chiarita delle società pubbliche, del loro limite di sussistenza, delle loro responsabilità che - per quanto si approfondiscano - vanno verso soluzioni d'ispirazione più politica che giuridica. Le società pubbliche, in effetti, a volte funzionano, ma non si sa da che punto di vista il Consiglio di Stato alla fine vorrà prenderle in esame, perché problemi di questo genere possono essere affrontati con soluzioni diverse e ci sono problemi anche più gravi per il giudice dell'economia. L'imminente riforma del processo amministrativo non avrà certamente l'intento di far regredire il giudice amministrativo: se fosse questo l'intento, sarebbe un delitto. E' vero che qualche volta il Consiglio di Stato ha dato fastidio alle autonomie, quando si è fatto portatore del senso dello Stato. Non si può negare che abbia rivolto maggiori attenzioni, almeno fino a qualche tempo fa, ai Ministeri e all'interesse delle Amministrazioni centrali, piuttosto che ai Comuni, alle Regioni e agli uffici periferici. Nella materia urbanistica, è stato un giudice molto severo, pieno di responsabilità, che non ha esitato quando c'è stata la necessità di intervenire in senso caducatorio. Molto meno efficace, però, quando si è trattato del risarcimento del danno, che è tutt'altra cosa. E' ancora un'era preistorica per il risarcimento, basti leggere la statistica delle sentenze che hanno condannato un'Amministrazione al risarcimento del danno, per vergognarsi di aver perso tanto tempo negli studi dell'argomento, quando poi sono pochi i casi in cui c'è stata una sentenza del Consiglio di Stato di condanna al risarcimento del danno prodotto dall'Amministrazione, nell'esercizio della funzione. Il prof. Caputi Jambrenghi osserva, tuttavia, che l'ispirazione della riforma non è chiara, né univoca, non è neppure largamente condivisa. Peraltro è mancato un dibattito ampio sui bisogni della giustizia amministrativa, sui problemi dell'ambito giurisdizionale, su come creare accordo - o disaccordo - con la Cassazione. E' mancata una rassegna delle questioni e delle soluzioni possibili. Nessuno si meravigli, allora, se i più giovani pensano che la riforma sia un ritorno al passato. Se esperti - come Picozza - hanno dato il meglio di sé nella commissione che ha redatto la bozza del nuovo codice del processo amministrativo, è

altresì vero che loro stessi non ne sono soddisfatti, perché poi è arrivato lo “sforbiciatore”. Ciò è stato possibile perché non erano certe, né trasparenti le posizioni di partenza della riforma, e quali fossero i 12, 15, 20 punti o argomenti da riformare. Per fare un esempio, vi è incertezza nella soluzione che riguarda la cosiddetta <<pregiudiziale amministrativa>>: la “pregiudiziale” è stata abolita, l’azione di danni rende persino inutile l’azione di annullamento, senonché è un’azione di danni che ha una prescrizione più che breve, di 120 giorni, la qual cosa fa escludere la sussistenza di un vero e proprio diritto al risarcimento. Nel codice civile, altro è la prescrizione, altro la decadenza: dove vi sia il diritto, non può esserci decadenza. La decadenza in materia di diritti mina alle fondamenta il giusto processo, è un’ingiustizia di sistema, quella di un diritto risarcitorio ridotto al minimo, una vicenda che riconduce lo Stato di diritto all’inizio della sua vita giuridica... Persino negli Stati del terzo e del quarto mondo, il diritto al risarcimento è riconosciuto. Se poi si tratta di un interesse legittimo, sancito da una decadenza, sarebbe come vedere nel risarcimento l’esercizio di un potere, dal quale si può decadere, quando non c’è l’immediata reazione del privato. Questo, a giudizio di Caputi Jambrenghi, non è ammissibile, perché il risarcimento resta un diritto soggettivo. Non è, questa, materia da codice della giustizia amministrativa, perché del risarcimento e della prescrizione è detto nel codice civile, cioè in un testo che codifica il diritto privato e appartiene a una tradizione antichissima, che affonda le radici nel diritto romano e, prima di esso, nella “legge del taglione”. Il risarcimento del danno è come il principio <<occhio per occhio, dente per dente>>, nasce da lì la reazione dell’ordinamento, che giunge, attraverso evoluzioni molteplici, all’art. 2043 c.c., il quale attenua e perfeziona il diritto sacrosanto alla reintegrazione del danno subito. Non sarebbe un diritto, quello che “decade” in 120 giorni: il tema merita un ripensamento, prima che il codice diventi legge. Occorre - aggiunge Caputi Jambrenghi - trovare un altro sistema, per esprimere meglio, molto meglio e più ordinatamente, in modo più conforme a un contesto internazionale, quel che è il dato di diversità del nostro ordinamento, come è peraltro emerso dalle interessanti relazioni tenute da Ferroni e da Oggianu che hanno posto in luce la “diversità”, ostinatamente conservata dalla nostra giustizia amministrativa. Una giustizia che, per il vero, finora ha funzionato discretamente bene e ha retto il confronto con tutte le altre giustizie sparse nel sistema comunitario, e che - senza mutuare nulla dal *common law* - ha conservato nell’ambito del sistema italiano, la sua tipicità e simbolicità. E’, dunque, qualcosa da riformare, come dire riportare a nuovo splendore, ricostruire e rivedere in un senso diverso,

ma per darne un'adeguata interpretazione, non per snaturarla. Alcune delle prospettate modifiche della riforma, a dire di Caputi Jambrenghi, possono essere persino rischiose. Si pensi all'idea di un'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, investita d'ufficio dal Presidente. Nessun Presidente abuserebbe di questo potere, osserva Caputi Jambrenghi, ma lo dice in modo interlocutorio. Se si pensa a quanti hanno ricoperto la carica di Presidente del C.d.S. sinora, verrebbe da rispondere di no, ma, sarebbe una petizione di principio, perché quei Presidenti non avevano affatto simile potere. S'immagini quale conflitto, quale tempesta può scatenarsi nella mente di un giurista di quel livello, con un enorme potere monocratico, quando, vedendo quel che considera un'ingiustizia, pensi di superare tutte le difficoltà e di rimediare con un "treno" rapidissimo, portando in Adunanza Plenaria il suo pensiero. Perché il pensiero del Presidente del C.d.S. può identificarsi con quello della Plenaria e si deve poi affermare ma, se la Sezione giurisdizionale lo disattende, la Plenaria può esprimersi nuovamente e confermare il precedente orientamento. Può sorgere un conflitto e, a quel punto, o la Plenaria o la Sezione dovrebbero astenersi dal pronunciarsi ancora, per incompatibilità. La norma è aberrante, è una distrazione venuta fuori così, comunque è una novità pericolosa e inaccettabile. Caputi Jambrenghi evidenzia – in conclusione – pregi e difetti della proposta riforma del processo amministrativo, i difetti più dei pregi. Il lavoro di verifica, nell'analisi e nella discussione - osserva il Caputi Jambrenghi – deve continuare. E' ciò che capita in tutte le commissioni che lavorano per elaborare testi di legge. Il fatto che l'*iter* della riforma si sia un po' rallentato non è un male, perché può aprirsi la speranza che si riveda qualcosa, per dibatterla di più, per approfondirla meglio.

o o o o o o o o

(A cura di Lucia Murgolo)

Il **prof. Enrico Follieri** condivide molto di quanto detto dai colleghi che l'hanno preceduto. Il libro III del codice è ben fatto. Tuttavia, va sottoposta alla riflessione di tutti la rarità del dato innovativo del libro III, cioè quanto poche siano le novità, rispetto all'attuale giudizio d'appello, innanzi al Consiglio di Stato. Una norma nuova è quella che introduce la sospensione della sentenza da parte del Consiglio di Stato, allorché venga prodotto ricorso per Cassazione per i soli motivi di giurisdizione, come già ricordava la Ferroni. Di nuovo c'è poco altro. E, tutto sommato, questa è la ragione per la quale il libro III, non presentando grandi elementi di novità, non è stato soggetto alla <<sforbiciata>> precedente all'approvazione da

parte del Consiglio dei Ministri. La sforbiciata sarebbe equivalsa a non accettare quello che è il processo di oggi. Si è recepita qualche idea che si era già manifestata in giurisprudenza, e non si è andato oltre. La parte veramente interessante del codice, nella bozza originaria, era il libro I, ma, a parere di Follieri, è stata devastata nei rimaneggiamenti successivi e anche il libro II, in alcune parti, è stato pesantemente ridimensionato.

Follieri, in accordo con Caputi Jambrenghi, sostiene che, quando si dettano delle norme, non bisogna pensare a chi in quel momento eserciti il potere, perché le dobbiamo pensare in astratto e non per scendere nel concreto, chi sia il Presidente del Consiglio di Stato. Le norme vanno preparate con senso delle proporzioni per evitare possibili arroganze, come l'ipotesi in cui è previsto che il Presidente del Consiglio di Stato possa procedere quasi ad avocare all'Adunanza Plenaria la decisione di una qualunque controversia, anche se Follieri si dice convinto che difficilmente troveremo un Presidente del Consiglio di Stato che ne abusi. Questo, però, non significa niente, perché, così ragionando, si renda superflua ogni norma di garanzia.

Ma, per Follieri, è più rilevante la mancata attuazione di alcune previsioni espresse della legge-delega. Così nel 1923, quando fu istituita la giurisdizione esclusiva, non si dettò nessuna norma per la tutela dei diritti, di cui il giudice amministrativo andava a conoscere. Oggi, non solo si ripete quel che è avvenuto nel 1923, ma con l'aggravante che la giurisprudenza, sin dal 1939, ha distinto tra "atti paritetici" e "atti autoritativi", stabilendo un diverso termine per agire nei loro confronti, di prescrizione per i primi, di decadenza per i secondi. Nel nuovo codice, di tutto questo non vi è traccia, benché l'art. 44 della legge delega stabilisca che siano recepiti gli orientamenti delle magistrature superiori. Il Consiglio di Stato, da oltre settanta anni, attribuisce al diritto soggettivo una tutela, quantomeno in ordine al termine per l'impugnativa (di prescrizione, anziché di decadenza), simile a quello di cui il cittadino gode dinanzi al giudice dei diritti; questo principio poteva essere recepito nel codice, senza innovare nulla, mantenendo quello che già è stato stabilito dal giudice amministrativo e conquistato dal cittadino da così tanto tempo. Invece, nulla si è stabilito in proposito. Per la giurisdizione esclusiva, ci sono altri profili non toccati. Le norme sul processo amministrativo tengono conto soltanto dell'interesse legittimo e del potere autoritativo della pubblica Amministrazione. Tutto il resto non è considerato, persino principi e regole che Consiglio di Stato e T.a.r. sono venuti formando in ordine alla tutela dei diritti soggettivi, nella giurisdizione esclusiva. Se il giudice amministrativo deve tutelare (anche) i diritti nella giurisdizione

esclusiva, il codice non può rimanere del tutto silente o assolutamente laconico, per nulla disciplinando i profili della tutela dei diritti nella giurisdizione esclusiva.

Quanto all'appello, Follieri crede che il libro III non possa essere diverso da quel che è, perché l'appello è, ovviamente, il classico strumento impugnatorio di una sentenza: i problemi che stanno alla base di esso – come ha evidenziato Pollice – non sono riconducibili al tipo di azioni esperite nel primo grado, ben diverse da quelle che si possono proporre in appello. In appello, c'è ormai una sentenza e, di fronte ad essa, il tipo di esame, o di discorso che si possa fare è uno solo: impugnare per ottenere l'annullamento della sentenza di primo grado e far rivivere il ricorso di primo grado, se questo è andato male al ricorrente o, viceversa, far rivivere il provvedimento amministrativo annullato dalla sentenza di primo grado, se il ricorso è andato bene.

Alcune novità, eliminate per il primo grado, sono ancora presenti nelle disposizioni generali. Quanto a queste ultime, Follieri non è d'accordo con Pollice che le disposizioni generali siano inutili. Nel codice c'è un articolo, l'art. 50 (o forse l'art. 40 nella nuova bozza), che definisce il <<rinvio interno>> e un altro recante il <<rinvio esterno>>. Quando si fa riferimento al rinvio esterno, ci si riferisce ai principi generali del codice di procedura civile, per quanto non è diversamente disposto nel codice del processo amministrativo. A parere di Follieri, questa eterointegrazione è grave e sta a significare che – dal 1889, anno in cui è stata istituita la Sezione IV, o dal 1890, anno in cui ha preso a funzionare, sino ad oggi - giurisprudenza e dottrina non sono stati capaci di elaborare i principi propri del processo amministrativo. Diversamente dal rinvio esterno, il rinvio interno ai principi sta a indicare che i principi sono fondamentali per ricostruire il tracciato e il percorso del processo.

Nella più recente bozza, quella che ha modificato l'articolato, è stato eliminato dalle disposizioni generali un articolo molto importante, quello sulla corrispondenza tra chiesto e pronunciato. È vero che in appello si dice che devono esserci motivi specifici e quindi, ci deve essere la corrispondenza tra chiesto e pronunciato, ma un principio del genere non è affatto pleonastico. E' un principio che deve guidare l'interprete nella lettura e interpretazione delle altre norme del codice, per impedire la cosiddetta scelta o intervento del giudice volto a colmare lacune del ricorso, o considerare eccezioni non rilevabili d'ufficio o questioni in mancanza di ricorso incidentale. Quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, benché sia un principio generale fondamentale che qualifica il tipo di processo, risulta eliminato nell'ultima stesura del codice. Dire che il chiesto deve corrispondere al pronunciato significa stabilire che quello

amministrativo è un processo dispositivo che deve portare il giudice a seguire l'impostazione che le parti danno al processo. Non è forse un principio da scrivere, questo? Invece, viene eliminato – come ricorda Picozza – anche se nell'appello si afferma che ci devono essere motivi specifici, che poi il giudice può esaminare. Ma, nulla si dice del primo grado. In primo grado, il principio non c'è. Sono scelte e soluzioni gravi, perché dall'impostazione di un processo di un certo tipo, si va verso un processo di diverso tipo, con limitazione peraltro delle azioni. Follieri critica fortemente le amputazioni apportate sui tipi delle azioni, perché la vera novità del codice è l'azione di adempimento, nonché l'azione di accertamento e il collegamento tra le varie azioni. Quando si eliminano dal “campionario” queste azioni, si priva del cuore il processo amministrativo, un cuore che sta già nel primo grado e che si riproduce nel secondo.

o o o o o o o o

(A cura di Lucia Murgolo)

Il **dott. Walter Giulietti** individua nel III libro un elemento di novità che tenta la soluzione di una questione non da poco: quella di come redigere l'atto di appello e di quali siano i motivi di censura della sentenza. Un tema importante, se è vero che se ne è occupata l'Adunanza Plenaria in ben due occasioni. Già nel 1980, con la pronuncia n. 1837, che porta a sintesi numerose decisioni del Consiglio di Stato, che avevano seguito orientamenti difformi, talora all'interno di una stessa Sezione e a distanza anche di pochi giorni. A suo parere, l'art. 111 del testo provvisorio del codice avvicina il processo di secondo grado amministrativo al contenuto dell'appello del processo civile: infatti, il ricorso in appello deve contenere oltre all'indicazione del ricorrente, del difensore e delle parti, l'impugnazione della sentenza, nonché l'esposizione sommaria dei fatti e le specifiche censure, nonché i capi della sentenza gravata. Finora, questa specifica previsione nel processo amministrativo non c'è stata e, invero, la giurisprudenza è rimasta chiusa tra un'applicazione dell'art. 342 c.p.c. anche al processo amministrativo e un'interpretazione che invece considera sufficiente che l'appello proponga una critica implicita e indiretta alla sentenza. In particolare, il problema si è posto nel senso che - laddove non fosse articolata una specifica individuazione dei capi della sentenza gravati – il secondo orientamento ha ritenuto sufficiente la riproposizione delle censure mosse avverso il provvedimento impugnato in primo grado. Indicazioni univoche non venivano neanche dalle riflessioni che la dottrina ha avanzato sulla natura del giudizio di secondo grado nel

processo amministrativo. Effettivamente, nel processo di appello, si hanno due oggetti, uno immediato e diretto (la sentenza impugnata) e l'altro mediato (il provvedimento gravato in primo grado) ma, in entrambi, va rilevato che le parti aspirano a ottenere una statuizione giudiziaria definitiva sull'assetto degli interessi coinvolti. Se si privilegia il principio di effettività al massimo grado, si deve preferire la seconda opzione, tuttavia la riflessione della giurisprudenza, nonostante si sia rifatta al principio della natura del processo amministrativo, non è arrivata a soluzioni univoche. Ciò è naturale, in considerazione del fatto che, nel processo amministrativo di secondo grado, sussistono sempre due caratteri corrispondenti - propri della tipicità del processo - vale a dire l'aspetto di un processo inevitabilmente rinnovativo e quello di un processo eliminativo della sentenza di primo grado. A tal proposito, si può citare il Nigro, che ha insegnato che, se esiste sicuramente la possibilità di un ricorso cassatorio puro, in realtà non è neppure immaginabile un processo rinnovatorio puro: c'è sempre bisogno di riferirsi a qualcosa che è già intervenuto, cioè alla sentenza di primo grado. Ebbene una recente interpretazione giurisprudenziale, che tenta di superare l'insolubile dilemma - se impugnare significhi riferirsi alla sentenza e criticarla espressamente, oppure riproporre i motivi di primo grado - affonda le proprie radici in una tesi dottrinale, che ha immaginato di risolvere il problema sulla base della distinzione del carattere della sentenza di primo grado. In questo senso, il problema è stato notevolmente ridimensionato, perché si è immaginato di ritenere necessaria la critica espressa della sentenza, solo nel caso della sentenza di accoglimento o di una sentenza processuale in cui la decisione intervenuta crei un "quid", cioè qualcosa di ulteriore e di più efficace, rispetto al provvedimento di primo grado: in tal caso, si è detto, la sentenza deve essere oggetto di specifica e motivata censura. Tuttavia, ci si è reso conto che probabilmente anche la sentenza di rigetto, pur non avendo efficacia innovativa rispetto all'assetto degli interessi, può aver comunque efficacia giuridica. E' molto difficile, ad esempio, intervenire in autotutela rispetto a un provvedimento che è risultato immune dal giudizio amministrativo. Si immagina, poi, che il giudice annulli un provvedimento di primo grado, qualificando diversamente la fattispecie: in quel caso, può avere efficacia anche la pronuncia di rigetto. Orbene, la previsione del redigendo art. 111 è sostanzialmente omogenea a quella dell'art. 342 c.p.c. vigente. I problemi sembrerebbero risolti, ma in realtà così non è. Probabilmente, la norma non risolve le questioni, perché canalizza le soluzioni su un versante piuttosto che sull'altro. Se si prende l'art. 342 c.p.c. e la giurisdizione civile, si vede che la norma è interpretata sempre nelle

due forme: o quella che da valore alla forma, o quella che da valore alla sostanza. A dare un significato unificante, forse anche conciliatorio alla normativa dell'art. 342 c.p.c., è intervenuta un'importante sentenza della Cassazione a Sezioni Unite, la n. 28057 del 2008, nella quale si afferma che l'esposizione delle ragioni di fatto e di diritto su cui si fonda l'impugnazione può sostanziarsi in una prospettazione delle medesime ragioni, già indicate durante il giudizio di primo grado e quindi, sostanzialmente, in una lettura sostanzialistica corrispondente al principio di effettività. Le Sezioni Unite fanno un'importantissima sottolineatura, laddove affermano che ciò vale soltanto se confortato da una critica adeguata alla specifica decisione impugnata, che consente al giudice del gravame di percepire, con certezza, il contenuto della censura di riferimento. Questa può essere una soluzione conciliatoria, nonché appagante anche per il processo amministrativo, le cui modifiche vanno verso un rafforzamento del carattere impugnatorio che, tuttavia, tiene conto anche del principio di effettività.

o o o o o o o o

(A cura di Lucia Murgolo)

La **prof.ssa Paola Chirulli** premette di non aver ben studiato la III parte del codice. Aveva appena finito di farsi un'idea del libro I, quando sono intervenute le cd. "sforbiciate" la qual cosa le ha provocato un sentimento di rigetto verso la materia. Pur non avendo sottomano il libro III delle impugnazioni, può tuttavia intuire che anche in questa parte del codice c'è grande indecisione. L'unica osservazione che sorge immediata e spontanea è che quando si fanno riforme si dovrebbe pensare a dove si guardi, a cosa si voglia fare e sembrerebbe opportuno chiedersi il perché, alla fine, si stia per licenziare un testo legislativo, così com'è. La risposta più naturale è che forse non sempre si sa bene cosa si vuole. Se alla commissione di redazione del codice hanno lavorato tanti esperti, tanti autorevoli, maestri e colleghi, tanti magistrati e - tutto sommato - già la prima versione appare fortemente perplessa - perché, come è stato notato da più parti, vi era un'attenzione a qualcosa di diverso e di nuovo per la disciplina delle azioni, o anche per certi poteri istruttori, o per l'azione riconvenzionale, che per la prima volta è appena sfiorata, poi lasciata lì abbandonata, senza particolari sviluppi - allora cos'è mai l'ultimo testo, se interviene amputato anche delle parti appena un po' più innovative, come quella sulle azioni. La cosa fa riflettere e rende perplessi. Sull'appello non viene fuori nulla di particolarmente nuovo, resta la duplice veste del giudice che poi è il giudice di un giudizio a

effetto devolutivo pieno, ovvero un giudice d'appello che, il più delle volte, riprende *ex novo* tutta la materia che è stata oggetto del primo grado e ridecide sugli stessi motivi del ricorso, talché si trovano atti di appello che altro non sono che fotocopia dei ricorsi di primo grado. Quindi, osserva Chirulli, non pare vi siano grandi novità da porre in evidenza nel III libro. L'antinomia sull'istruttoria l'ha già colta Police e, in effetti, il III libro ripropone una perplessità che c'è già nella precedente versione, un'indecisione tra poteri ufficiosi del giudice da una parte e l'accentuazione dall'altra dei poteri dispositivi, tipici di un giudizio plasmato sul processo ordinario, che è giudizio di parti, con piena possibilità di acquisire le prove e, quindi, non si concilia molto con i poteri ufficiosi, come osserva anche Villata. Resta la delusione di un codice che – se non si avrà altro modo di scriverlo - dovrebbe spingere oggi a interrogarsi su cosa sia. Ricordando alcune recenti sentenze - tra cui, per esempio, la “*Maison Lour*” – emerge, in materia risarcitoria, un giudice chiamato a superare l'*empasse* e a decidere se accordare il risarcimento, a fronte di un'attività amministrativa omissiva, fortemente viziata nell'attività procedimentale. Il giudice si trova nell'impossibilità di farlo, poiché i rimedi di cui può disporre non consentono di riscontrare un'ipotesi di responsabilità circa la condotta assunta dall'Amministrazione. Nei due casi, la richiamata sentenza fa una lunga ricostruzione, per poi concludere che lo stato attuale del diritto non consente di apportare un rimedio adeguato. Chirulli coglie in quasi tutti gli interventi che si sono susseguiti un divisamento comune: che cioè si poteva fare qualcosa di più e di certo c'è una ristrutturazione in corso della norma di procedura. Con riferimento al diritto di replica, emerge una problematica di fronte alla quale tutti s'imbattono, quella del deposito della difesa fatto l'ultimo giorno, talché spesso non s'instaura un vero contraddittorio, essendo mancata la discussione. Tante cose si aspettavano dal nuovo codice, ma non sono arrivate e questo, conclude Chirulli, lascia a tutti l'amaro in bocca.

o o o o o o o o

(A cura di Graziana Urbano)

Il **Prof. Massimo Tucci**, prendendo spunto dall'intervento di Follieri sul potere amministrativo, mostra qualche perplessità sulla legislazione italiana degli ultimi anni, comprendendovi anche l'attuale tentativo di codificazione del processo amministrativo.

Esalta, infatti, le leggi elaborate sotto il fascismo da professori universitari e, in particolare, la legge urbanistica del 1942, per la sua portata estremamente innovativa in quanto apriva spazi sulla tutela del

territorio, sulla tutela dell'ambiente, ancor prima della introduzione della Costituzione.

Mentre avanza delle critiche nei confronti di due interventi del legislatore: l'uno sulla "Legge marchi", che non ha recepito le norme internazionali sulla verifica preventiva in materia di contraffazione dei marchi; l'altro riguarda l'impossibilità per lo Stato Italiano, quinta potenza economica del mondo, a risarcire il danno che causa, nonostante un orientamento consolidato della giurisprudenza comunitaria che stabilisce il contrario.

Anche nei confronti della nuova codificazione, Tucci esprime qualche dubbio, dal momento che pare creare un po' di disordine e sembra ricreare il clima di resistenza da parte di una certa giurisprudenza, quando si trattava di introdurre la legge sul procedimento amministrativo, secondo la quale le norme sul procedimento, come anche quelle sul processo, non fanno che recepire la giurisprudenza consolidatasi in cento e più anni per cui si ritiene non necessaria una loro codificazione, atteso che, come autorevolmente sostenuto da Casetta, "l'unico *ius praetorium* che sia sopravvissuto nell'ordinamento è quello di diritto amministrativo".

A ciò si aggiunga che la nuova codificazione sembra riproporre annose questioni sulla doppia giurisdizione, giurisdizione unica, pariteticità, autoritatività, nonché soprattutto reintrodurre ancora paletti alla risarcibilità del danno, come già accaduto nel periodo storico in cui nacque il principio della risarcibilità del danno, quando si affermò il metodo giuridico di Orlando, quando si seguì il modello belga che altro non era che l'introduzione a livello continentale del modello anglosassone.

La reintroduzione di tali paletti alla risarcibilità del danno, a parere di Tucci, non farà che rendere il confronto tra la giurisprudenza interna e la giurisprudenza della Corte di Giustizia inevitabile, soprattutto perché vedrà la prima perdente, dal momento che l'ordinamento italiano è l'unico che continua in maniera granitica a difendere la irrisarcibilità del danno, quando ormai negli altri Stati è superata.

Vero è che nel momento storico in cui furono elaborate le leggi del 1865 e del 1889 lo Stato Italiano era uno Stato povero, che non era in grado di risarcire i danni causati; ma sotto questo profilo, non è cambiato molto.

o o o o o o o o

(A cura di Graziana Urbano)

Il **Prof. Stefano Tarullo** svolge qualche breve riflessione sulla prima versione del Codice del processo amministrativo che, in generale, ha molto apprezzato e condiviso quasi integralmente, sia sotto il profilo tecnico, sia sull'operazione del legislatore.

Quanto al secondo aspetto, l'operazione del legislatore è stata profondamente democratica, non solo perché ha avvicinato la giustizia amministrativa al cittadino, ma anche perché ha accostato le norme e i modelli del processo amministrativo agli operatori professionali, ai professionisti del foro, i quali, come noto, occupandosi prevalentemente del processo civile, hanno storicamente qualche difficoltà ad approcciare il modello del processo amministrativo.

Tuttavia, l'occasione storica offerta dalla creazione di un Codice del processo amministrativo di modellare il processo amministrativo a sistema processuale amministrativo è stata sprecata, in quanto, come anche affermato da Follieri, le lacune del processo amministrativo non vengono colmate da nuovi principi, ma dalle norme di procedura civile.

Ne consegue che il processo amministrativo rimane in una posizione ancillare rispetto al codice di procedura civile, sia per i principi, sia per il rinvio indiretto, che si sarebbe potuto evitare creando nuove disposizioni *ad hoc*.

Quanto all'aspetto tecnico, Tarullo ha apprezzato l'operazione, trattandosi di norme ben fatte e strutturate, tra le quali si accinge a richiamarne alcune.

In primo luogo, il deferimento all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art.110 della prima bozza del codice (*ex art. 99 della terza bozza approvata*), che può essere effettuato su richiesta delle parti, qualche perplessità la pone, perché alla fine si andrebbe a contraddire, in un'ottica di inserimento e di codificazione, il principio di concentrazione processuale alla base del Codice, introducendo una forma di rito incidentale.

Al riguardo, il potere del Presidente del Consiglio di Stato di deferire la questione all'Adunanza Plenaria può considerarsi un relitto da superare, tanto più quando la questione è rimessa al Collegio.

Altra riflessione riguarda il rinvio al primo giudice da parte del Consiglio di Stato in appello, ai sensi dell'art. 116, 1 comma, della prima bozza del Codice, attuale art.105 della terza bozza del Codice.

Tra i presupposti che possono condurre al rinvio al giudice di primo grado vi è la ipotesi in cui il giudice di primo grado abbia dichiarato l'estinzione del giudizio, oltre le altre ipotesi. Ma i casi di estinzione del giudizio sono in realtà specificamente indicati nell'art.48, 2 comma, della prima bozza del Codice (*ex art.35, 2 comma, della terza bozza*), cioè i casi di perenzione e rinuncia.

Altra ipotesi di rinvio, è il caso in cui il giudice amministrativo dichiari erroneamente la irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità del ricorso, sempre ai sensi dell'art. 48, 1 comma, della prima bozza.

Trattasi, a parere di Tarullo, di casi incompleti del concetto di estinzione del giudizio, ma che vengono autonomamente presi in considerazione nell'art. 48, 1 comma, della prima bozza del Codice.

Questa norma reintroduce, quindi, il problema atavico ed annoso del rinvio al giudice di primo grado in caso di errore della giurisdizione, ma che creerebbe una frattura per i casi in cui il ricorso è improcedibile o irricevibile.

Un'altra riflessione riguarda il giudizio di esecuzione, *ex art. 125, 5 comma*, della prima bozza del Codice (ora divenuto procedimento sul giudizio di ottemperanza, ai sensi dell'art. 114, 5 comma, della terza bozza del Codice), secondo cui, il giudizio viene definito con sentenza, ma se è chiesta l'esecuzione di un'ordinanza cautelare, il giudice provvede con ordinanza.

Si pone un problema di coordinamento con l'art. 73 della prima bozza del Codice (ora art. 61 nella terza bozza) cioè con il decreto cautelare *ante causam*, avente valenza soprattutto estremamente e profondamente interinale, che perde effetto con il decorso di sessanta giorni dalla sua emissione.

Tarullo ritiene, a tal proposito, che sia necessario più tempo per far eseguire un decreto cautelare. Trattandosi di un decreto *ante causam* dovrebbe avere valenza esecutiva, come tutti gli altri provvedimenti del giudice amministrativo, ordinanze cautelari e sentenze di merito, per cui non appare corretto immaginare che la mancata menzione del decreto nel comma 5 dell'art. 125, che cita solo le ordinanze, possa essere interpretato come una negazione del rimedio esecutivo del decreto *ante causam*.

Senza dubbio il ricorrente potrebbe avere soddisfazione con il giudizio cautelare, senza aver bisogno di introdurre il giudizio di merito, secondo l'impostazione recente del codice di procedura civile, che seppur sembra riconoscere effettività ai provvedimenti cautelari, indebolisce l'aspetto della interinalità della tutela cautelare.

Quanto all'appello sulla sentenza resa in sede di esecuzione, ai sensi dell'art. 125, comma 8, della prima bozza del Codice (ora divenuto art. 114 della terza bozza), le sentenze rese in sede esecutiva, o in sede di ottemperanza (termine reintrodotta nell'ultima versione, nonché istituto di carattere generale), sono impugnabili sempre, essendo la disposizione del Codice omnicomprensiva.

Oggetto di riflessione è anche la norma relativa all'interveniente, *ex art. 113, 2 comma*, della prima bozza, ora art. 102, 2 comma, della

terza bozza del Codice, secondo cui quando l'interveniente non ha una posizione giuridica autonoma (che sia di diritto soggettivo o di interesse legittimo), non può proporre appello.

Questa disposizione, quindi, sembrerebbe stabilire che l'interveniente non abbia disponibilità dell'azione e non abbia possibilità di adire il giudice di secondo grado.

Tuttavia, secondo Tarullo, occorrerebbe, per garantire il principio del contraddittorio, consentire all'interveniente quanto meno di impugnare le sentenze che lo riguardino direttamente, come ad esempio le sentenze che dichiarano inammissibile l'intervento o le sentenze che lo condannano alle spese.

Ulteriore osservazione riguarda la tutela cautelare resa in sede straordinaria.

Il vecchio testo dell'art. 60, 2 comma, della prima bozza, divenuto art. 48 della terza bozza del Codice, stabilisce che *“Le pronunce sull'istanza cautelare rese in sede straordinaria perdono efficacia alla scadenza del sessantesimo giorno successivo alla data di deposito dell'atto di costituzione in giudizio previsto dal comma 1. Il ricorrente può comunque riproporre l'istanza cautelare al tribunale amministrativo regionale”*.

Ma l'art. 5 delle norme di coordinamento al Codice del processo amministrativo abroga l'unica norma in cui era prevista la tutela cautelare in sede straordinaria, cioè abroga integralmente l'art. 3, 4 comma, della Legge 205 del 2000. Quindi, la tutela cautelare è adesso implicitamente ammessa dall'art. 60, comma 2, della prima bozza, ma manca una norma che vada a fondare una tutela piena ed effettiva, nonché alternativa alla tutela giurisdizionale.

Ultimissima considerazione di Tarullo riguarda la sentenza in forma semplificata, ex art. 85 della prima bozza, ora art. 74 della terza bozza del Codice.

La riflessione attiene alla possibilità di decidere con sentenze in forma semplificata il giudizio sul silenzio della p.a.; in altri termini, se sia opportuna la forma semplificata della sentenza per giudizi sulla pretesa sostanziale, nei quali casi il giudice amministrativo condanna a un obbligo di provvedere la p.a.

Il Tarullo nutre dubbi, dal momento che il giudice andrebbe a decidere su un giudizio nel quale venga giudicata la tutela sostanziale che può certamente fare, ma se decidesse con una sentenza in forma semplificata rischierebbe di incidere sulla pretesa del cittadino, che dovrebbe, invece, essere riconosciuta con una sentenza con pienezza di argomentazioni, con una sentenza completa, che va ad orientare l'operato della p.a.

Tuttavia, il modello della sentenza in forma semplificata va ad esaltare il principio di sinteticità degli atti processuali, sia per le parti sia per i giudici, e sembra essere il principio che forse ha ispirato l'intera struttura del Codice.

o o o o o o o o

(A cura di Graziana Urbano)

Interviene, a chiusura del seminario, il **Prof. Eugenio Picozza** il quale raccomanda la lettura di due straordinari libri, quello di Vacchelli dal titolo "*Le basi psicologiche del diritto pubblico*" del 1900 e quello di Bruno Leoni intitolato "*L'irrazionale nel diritto*" ed edito da Giappichelli.

Picozza ritiene che tutte le relazioni di questo seminario, trasformatosi, poi, in un vero e proprio convegno, puntano l'accento sulla difficoltà di trasformazione complessiva del sistema; sistema che, finita la Prima Repubblica, non riesce a partorire niente di diverso, ma anzi si ripiega su se stesso e non segue il precetto del prof. Giuseppe Abbamonte, secondo cui le leggi democratiche si strappano, non si elargiscono.

Questo non è un problema solo dell'ordinamento italiano, ma si verifica anche all'estero.

Il timore che nutre Picozza è che dietro l'operazione del Codice ci sia un disegno politico, ovviamente partitico, che voglia rinsaldare quello che era stato il limite della Prima Repubblica, cioè potenziare il principio di continuità tra politica ed amministrazione.

Questa riflessione è la conseguenza delle travagliate vicende del decreto 29 del 1993; dal 1993 al 2000, infatti, il politico si è ripreso piano piano tutta una serie di poteri di gestione, che si stanno espandendo anche in materia di appalti, dove si è disincentivati dal chiedere giustizia, o perché si rischia di pagare due tre volte il contributo di 2000 euro, o perché è una corsa agli ostacoli procedurale, a meno che non intervenga la Corte di Giustizia a fare piazza pulita.

Il problema di questa realtà è lasciato alla sensibilità democratica della componente giurisdizionale, già presente nei professori, ma che va anche affrontata dagli avvocati.

Picozza osserva che sarebbe meglio che il Codice non venga più approvato; laddove servisse un'opera di riforma e di contro-riforma, sarebbe meglio conservare quello che si ha: sarà sempre una roulette russa l'esito del giudizio, ma quanto meno, forse, qualche volta, si potrà anche avere giustizia sostanziale.