

Simone Torricelli

## TUTELE DIFFERENZIATE E RITI SPECIALI NEI PROCESSI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: QUALCHE NOTAZIONE COMPARATISTICA<sup>1</sup>

**Sommario:** 1. Le ragioni della specialità. 2. La specialità come garanzia processuale dello statuto dei diritti fondamentali nella Costituzione spagnola. 3. Da un'idea liberale a una scelta funzionale: la riallocazione della giurisdizione sui diritti fondamentali tramite il rito speciale nel diritto francese. 4. Il regime processuale dei diritti fondamentali nel sistema italiano, tra garanzie (vere) di rito 'speciale' e garanzie (apparenti) di giudice 'comune'. 5. Il rapporto tra specialità del rito e pluralità delle azioni, partendo dall'esempio tedesco. 6. La funzionalità dei riti speciali. Il diverso approccio del legislatore in Italia e in Francia nel caso esemplificativo degli appalti pubblici. 7. La garanzia della celerità come questione politica o come gestione dell'urgenza: l'art. 23 bis l. n. 1034/1971 a confronto con il potere d'ordine del processo attribuito al giudice comunitario.

### **1. Le ragioni della specialità.**

Indagare i riti speciali dall'angolo visuale del diritto comparato amplifica tutte le difficoltà che il tema comunque presenta. Il rito speciale si definisce in relazione ad un modello<sup>2</sup> ed il modello, ammesso che esista e che sia uno solo<sup>3</sup>, può essere diverso nei diversi paesi: spostando l'oggetto dell'indagine, il parametro di riferimento correlativamente si sposta, con il rischio

---

<sup>1</sup> Il presente scritto è frutto della rielaborazione della relazione esposta al convegno "Forme e strumenti di tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato", tenuto a Trento il 4-5 giugno 2009, e trae spunto dalle ricerche svolte nell'ambito del progetto PRIN 2006 "Le modalità atipiche di tutela dei privati contro le pubbliche amministrazioni tra interessi settoriali e vincoli costituzionali nazionali e sovranazionali?", diretta dal prof. Domenico Sorace. Si farà in seguito più volte riferimento agli esiti di tali ricerche, in corso di pubblicazione nel volume collettaneo D. Sorace (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Florence University Press.

<sup>2</sup> Sulla nozione di rito speciale e sui diversi criteri per definirla, S. Menchini, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 925-927.

<sup>3</sup> Il che non è sicuro. Proprio in riferimento al processo amministrativo italiano si è contestata la esistenza di un modello processuale, mancando una disciplina che abbia carattere di completezza e che come tale lo possa compiutamente delineare: M. P. Chiti, *Verso l'implosione dei riti speciali e delle forme di tutela differenziata*, in *Riv. it dir. pubbl. com.*, 2009, 382. Si veda peraltro, sul punto, *infra*, par. 5.

conseguente di trovarsi di fronte a ‘piani sfalsati’ che possono portare a conclusioni fuorviate<sup>4</sup>.

Un dato invece fermo, che si presta come tale ad essere assunto a baricentro dell’analisi, può essere individuato nelle esigenze per il soddisfacimento delle quali i diversi ordinamenti hanno introdotto delle deroghe rispetto alle regole comuni della tutela. Partendo da quel dato, diviene possibile svolgere alcune riflessioni comparatistiche prescindendo dalla considerazione diretta del tipo di modello, per seguire una prospettiva di indagine focalizzata sulle ragioni per cui la ‘prestazione processuale’<sup>5</sup>, secondo i suoi ordinari standard, risulta inadeguata e sulla natura delle risposte che i diversi ordinamenti danno a tali insufficienze. Ciò anche verificando, attraverso la comparazione, la razionalità delle scelte fatte dal legislatore nazionale.

In effetti, la proliferazione di elementi di specialità appare essenzialmente indotta dal ricorrere di due esigenze: superare i limiti propri della tutela offerta, sotto il profilo dell’intensità del controllo o dei poteri decisorii del giudice; garantire una speciale celerità<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup>Per una analisi comparativa dei tratti di comunanza e diversità dei diversi sistemi, D. de Pretis, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa, tra integrazione e diversità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1 ss.; M. d’Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992.

<sup>5</sup> Critico circa la possibilità di ricostruire l’attività processuale come “un rapporto tra Stato e utenza del c.d. servizio Giustizia”, N. Paolantonio, *Il rito immediato*, in AA.VV., *La differenziazione dei riti processuali tra certezza ed effettività della tutela*, Soveria Mannelli, 2009, 130. Secondo l’A. l’attività processuale è e deve essere considerata come “esplicazione di un dovere a servizio dei soggetti dell’ordinamento legittimati ad azionarlo”. Si può condividere tale definizione in positivo, che però non sembra essere necessariamente in contraddizione con quella prima avvertita, non essendo in sé escluso che un dovere possa essere esplicito proprio attraverso l’erogazione di prestazioni (si veda sul punto, D. Sorace, *Diritto della amministrazioni pubbliche*, ed. IV, Bologna, 2007, spec. 237).

<sup>6</sup> Ciò richiede una precisazione. Non si considerano elementi di specialità i trattamenti di quelle evenienze al ricorrere delle quali il processo segue delle vie particolari ed in qualche modo accelerate. Si può menzionare, ad esempio, la decisione in forma semplificata di cui all’art. 26, co. IV e V, l. n. 1034/1971 (su cui si veda N. Paolantonio, *Il rito immediato*, cit., 129 ss.), o, per non limitarsi all’ordinamento nazionale, la disciplina acceleratoria che regola il processo contumaciale di fronte agli organi di giustizia comunitari (art. 122 reg. proc. TrCe, su cui P. Biavati, *Diritto processuale dell’Unione europea*, ed. III, Milano, 2005, 248). In questi casi, infatti, il processo manifesta delle possibili varianti, di fronte ad un particolare atteggiarsi della controversia: non di una specialità si può allora parlare (almeno non nella accezione che qui interessa), ma della capacità del modello processuale di mutare forma in base alle caratteristiche della fattispecie che ha prodotto il contenzioso e alle circostanze

Ovviamente, tali esigenze sottendono problemi diversi e impongono soluzioni che giocano su piani differenti. La prima mette in discussione l'adeguatezza del sistema della tutela nelle sue caratteristiche strutturali, mentre la seconda può essere soddisfatta attraverso un mero adattamento della liturgia processuale, secondo i criteri della semplificazione, deformalizzazione, attenuazione della ritualità<sup>7</sup>. Un elemento comune però ricorre. Alla base non può che esservi l'esigenza di tradurre sul piano delle regole del processo le peculiarità degli interessi sottesi al conflitto che si chiede al giudice di comporre. La specialità importa per definizione una disequaglianza, importa un trattamento giuridico peculiare e derogatorio, come tale concepibile in quanto vi siano elementi differenzianti della controversia che ne beneficia, capaci di giustificare l'allontanamento dalla normalità processuale<sup>8</sup>.

Ciò permette di sottolineare un ulteriore aspetto.

La specialità può essere (per così dire) fisiologica, se non doverosa, nei casi in cui, dato il valore costituzionale del bene investito dalla controversia, l'ordinamento impone che il controllo del giudice si spinga oltre i suoi consueti limiti, che il potere decisorio sia più ampio, che la decisione sia più celere. Gli esempi sono numerosi e segnalano l'importanza anche concreta di questa ipotesi. Immigrazione, sciopero, riservatezza, discriminazioni nel

---

processuali concrete. Ciò detto, non si può però non rilevare l'interferenza con il tema, perché la corretta gestione di simili evenienze è il presupposto per evitare sprechi di attività processuale, correggendo quelle disfunzioni che sono poi alla base della creazione di certi riti speciali.

<sup>7</sup> Si è parlato di una specialità in funzione dell'effettività e di una specialità in funzione dell'efficienza (S. Menchini, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, cit., 933): contrapposizione icastica, che però richiede di precisare che l'efficienza è comunque un canale necessario di garanzia dell'effettività, per cui i due aspetti non sono affatto slegati.

<sup>8</sup> “[S]olo la peculiarità della materia – infatti – giustifica una deroga al regime ordinario” e solo ove si siano elementi peculiari è costituzionalmente ammissibile “un sistema derogatorio della disciplina processuale – per esempio – finalizzato a realizzare precisi obiettivi di accelerazione delle controversie” (Corte cost., 10 novembre 1999, n. 427 in *Urb. e appalti*, 1999, 1293, con commento di F. della Valle, *Il rito abbreviato degli appalti supera il vaglio di costituzionalità*). Come è stato osservato, d'altra parte, “l'esistenza di posizioni bisognose di tutela particolare, che in questo caso significa tutela effettiva, impatta la delicata questione della graduazione tra valori costituzionalmente rilevanti e del rispetto (o dell'alterazione) dell'eguaglianza tra individui” (così L. Ferrara, *Il rito in materia sportiva tra presupposti problematici e caratteristiche specifiche*, in AA.VV., *La differenziazione dei riti processuali tra certezza ed effettività della tutela*, cit., 163)

godimento di diritti fondamentali: tutti ambiti in cui il diritto sotteso è assistito da trattamenti processuali *ad hoc*.

Il problema della lentezza della giustizia è però talmente strutturale che il crescere dei riti speciali si lega molto spesso a semplici valutazioni contingenti che, nonostante la situazione soggettiva dedotta non rivesta valore costituzionale, ne riconoscono il particolare rilievo politico oppure riconoscono il particolare rilievo degli interessi pubblici coinvolti di riflesso dalla controversia<sup>9</sup>. Come spiegare, altrimenti, l'art. 23 bis l. n. 1034/1971<sup>10</sup>: i tempi ordinari sono inaccettabili e talora, per ragioni di opportunità, il legislatore discrezionalmente sceglie di dettare discipline derogatorie, sia adattando le regole processuali per consentire una decisione più rapida (anche, se del caso, con qualche compressione circa le garanzie della difesa), sia accordando alle relative controversie una priorità nella trattazione rispetto alle altre liti<sup>11</sup>.

Così impostato e delimitato il tema, diviene possibile affrontarlo esaminandone due profili: da un lato, si analizzerà la specialità del rito come espressione processuale della specialità del diritto sostanziale<sup>12</sup>, dall'altro, si considereranno i riti speciali approntati nell'ambito del giudizio amministrativo in relazione ad interessi 'ordinari'.

## ***2. La specialità come garanzia processuale dello statuto dei diritti fondamentali nella Costituzione spagnola.***

Il terreno dei diritti fondamentali è uno dei terreni di elezione dei riti speciali. Per essi, infatti, vi è l'esigenza costituzionale di configurare la tutela in termini diversi.

La lesione degli altrui interessi protetti, anche da parte della pubblica amministrazione, è un evento patologico ma ordinario

---

<sup>9</sup> A. Romano Tassone, *Introduzione*, in AA.VV., *La differenziazione dei riti processuali tra certezza ed effettività della tutela*, cit., 13; D. Vaiano, *Il rito accelerato*, ivi, 22; A. Bartolini, *Il rito speciale per i "settori sensibili"*, in B. Sassani, R. Villata, *Il processo davanti al giudice amministrativo*, Torino, 2004, 255.

<sup>10</sup> Su cui M. Lipari, *Il processo accelerato*, Milano, 2003.

<sup>11</sup> M. P. Chiti, *Verso l'implosione dei riti speciali e delle forme di tutela differenziata*, cit., 382-383.

<sup>12</sup> A. Romano Tassone, *Introduzione*, cit., 15.

nella vita sociale; ogni lesione deve trovare tutela, come è evidente, perché, come è pure evidente, ogni situazione soggettiva, sebbene non di valore costituzionale, è accompagnata dalla garanzia dell'art. 24 Cost.. Tuttavia il servizio che l'ordinamento appronta per la riparazione della lesione, sia esso bene o male organizzato, presuppone, per essere fornito, un certo lasso di tempo. Proprio la misura della accettabilità del lasso di tempo richiesto per l'erogazione della prestazione (e dunque dell'arco temporale nel quale è tollerabile il perpetrarsi della lesione) dipende dal contenuto che si riconosca al diritto alla tutela effettiva<sup>13</sup>. Se il soggetto leso è titolare di un diritto costituzionalmente garantito, gli strumenti di reazione debbono essere (quantomeno) più rapidi rispetto a quelli che si possono altrimenti considerare adeguati. Ciò non importa, salvo diverse e specifiche prescrizioni costituzionali, che debba essere previsto in ogni caso un rito speciale, ove il regime processuale ordinario, anche attraverso le sue appendici cautelari o varianti accelerate, offra standard tali da soddisfare anche questo parametro. E' chiaro però che di fronte alle inefficienze croniche del processo (come anche di fronte agli ordinari limiti ai poteri decisorii del giudice), la particolarità del contenuto che assume il diritto alla tutela effettiva produce in questi casi una pressione verso la specialità.

Il rapporto tra carattere costituzionale della situazione da tutelare e specialità del rito si trova espressamente sancito nell'ordinamento spagnolo, che, per la sua storia, non può che essere particolarmente sensibile al tema<sup>14</sup>. All'art. 53, nel disciplinare libertà e diritti fondamentali, la Costituzione spagnola correda tali libertà e diritti di una specifica garanzia processuale costituita da un rito speciale fondato sulla preferenza nella trattazione e sulla

---

<sup>13</sup>Sul rapporto tra durata del processo ed effettività della tutela: C. Saltelli, *La ragionevole durata del processo amministrativo*, in *Dir. proc amm.*, 2007, 982. Sul diritto alla giustizia celere come un diritto fondamentale della persona: G. Guzzardo, *Tempi del processo ed effettività del diritto alla giustizia "celere"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 178.

<sup>14</sup> Si vedano F. B. Callejón (coord), *Manual de derecho constitucional*, ed. III, vol. I, Madrid, 2008, 48-60, e J. Jordano Fraga, *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Madrid, 1997, 21, il quale osserva come "el reconocimiento de los derechos fundamentales por la Constitución española de 1978 ha sido sin duda el factor más decisivo para la superación de una concepción autoritaria y burocrática de nuestro Derecho administrativo".

sommarietà<sup>15</sup>; in attuazione, un apposito capitolo della “*Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*”, dedicato al “*Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona*”, appronta un rito estremamente veloce<sup>16</sup> diretto a ristabilire o preservare il bene leso o minacciato dalla pubblica amministrazione con l'adozione di un atto, tenendo un comportamento o rimanendo inerte<sup>17</sup>.

Per come è concretamente configurato, il rito speciale ha in primo luogo corretto alcune anomalie proprie del processo ordinario contro la pubblica amministrazione<sup>18</sup>, che mal si conciliano con la natura del diritto in contestazione. Anzi, è significativo che l'adattamento impresso al processo in materia di diritti fondamentali sia talora divenuto successivamente un tratto stabile di ogni processo amministrativo: in particolare, l'obbligo di esperire il previo ricorso amministrativo di *reposición*, come condizione per accedere alla giurisdizione, è stato prima abolito in relazione a questo speciale processo<sup>19</sup>, per poi venire meno anche per le altre controversie<sup>20</sup>. Si è al riguardo osservato che proprio il

---

<sup>15</sup> L'art. 53.2. della Costituzione spagnola dispone che “*Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*”.

<sup>16</sup> Artt. 114-122 LRJCA.

<sup>17</sup> Sulla nozione di “libertà e di diritti fondamentali”, in relazione alla esperibilità del rito, si veda il contributo di R. Briani in D. Sorace (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, cit., in corso di pubblicazione.

<sup>18</sup> La insofferenza rispetto gli ostacoli che ordinariamente possono ritardare la decisione del giudice rispetto ai diritti fondamentali si coglie anche nel fatto che nel processo speciale che li riguarda non vi è possibilità per l'amministrazione di condizionare i tempi del processo ritardando la presentazione dell'*expediente* (il fascicolo della pratica), come invece può accadere (seppure sotto pena di una sanzione) nel processo comune (art. 48 LRJCA). Sul punto, J. Gonzalés Pérez, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, vol. IV, ed. II, Madrid, 2003, 2161.

<sup>19</sup> Ad opera della legge 26 dicembre 1978, n. 69, “*de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona*”.

<sup>20</sup> Art. 44 LRJCA; rimane invece l'esigenza del ricorso gerarchico, laddove sia possibile, affinché l'atto diventi definitivo. A commento, AA.VV., *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, ed. II, Cizur Menor, 2002, 429. Sul rapporto tra ricorsi amministrativi e giurisdizionali, prima della riforma del 1998, E. García de Enterría, T. Ramon Fernández, *Curso de derecho administrativo*, ed. II, vol. II, Madrid, 1981, 463.

trattamento processuale accordato ai diritti fondamentali “*ha hecho saltar espectacularmente casi todos los viejos privilegios históricos de la Administración en el proceso, demostrando así su artificiosidad*”<sup>21</sup>. E quando invece alcune garanzie introdotte per i soli diritti fondamentali non hanno attecchito anche negli altri processi sono scomparse del tutto: così per l’effetto sospensivo della proposizione del ricorso<sup>22</sup>, previsto per i ricorsi sui diritti fondamentali dalla legge del 1978, che il legislatore, nel riformare il processo amministrativo nel 1998, ha ritenuto di non estendere e che ha allora eliminato anche per i primi<sup>23</sup>.

Ma, al di là dei profili per i quali il rito speciale ha semplicemente ridimensionato la posizione dell’amministrazione nel processo, esso si connota anche per la sua eccezionale rapidità. L’accessibilità del rito dipende in primo luogo dal rispetto di un onere a carico del soggetto leso, che deve manifestare interesse alla celerità proponendo il ricorso entro dieci giorni dalla adozione dell’atto, dalla pubblicazione della disposizione, dalla richiesta di provvedere o di cessare il comportamento *sine titulo*<sup>24</sup>. Tale onere resiste anche all’eventuale proposizione di un ricorso amministrativo: trascorsi venti giorni dalla presentazione del ricorso amministrativo comincia comunque a decorrere il termine per adire il giudice<sup>25</sup>. Oneri ulteriori gravano sulle parti, che sono tenute agli adempimenti processuali entro termini stretti, e sul giudice, che deve concludere l’istruttoria entro venti giorni e decidere entro i successivi cinque giorni. Non cambiano invece i poteri di cognizione e decisione.

---

<sup>21</sup> Peraltro, quelli che la dottrina indica come “privilegi” connotano almeno in parte l’atto amministrativo anche in altri ordinamenti: “su necesidad de eficacia, la presunción de objetividad y de acierto en sus decisiones, la ejecutoriedad de sus actos a ello normalmente ligada” (E. García de Enterría, T. Ramon Fernández, *Curso de derecho administrativo*, vol. II, ed. VIII, Madrid, 2003, 65-66).

<sup>22</sup> J. Jordano Fraga, *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, cit., 125.

<sup>23</sup> Critici E. García de Enterría, T. Ramon Fernández, *Curso de derecho administrativo*, cit., 65.

<sup>24</sup> Art. 115.1. LRJCA.

<sup>25</sup> Art. 115.2. LRJCA; se vi è stata inerzia, o non è stata intimata la cessazione del comportamento, o è stato proposto ricorso amministrativo, il termine decorre a partire dal ventesimo giorno dalla richiesta di attivarsi, dalla proposizione del ricorso, dall’inizio dell’attività amministrativa di fatto.

L'ordinamento spagnolo ha così codificato lo statuto processuale del diritto fondamentale, che si compone anche del diritto ad un processo che sia trattato con priorità e definito in modo sommario<sup>26</sup>, salvo il soggetto preferisca utilizzare i normali strumenti giurisdizionali. L'offerta del servizio di giustizia si differenzia, consentendo a chi veda lesa un bene rilevante (e non anche alla amministrazione, che non vi si può opporre) la scelta tra una decisione veloce, con i rischi che derivano dalla compressione dei tempi e dalla sommarietà, e una decisione rimessa ai normali tempi della giustizia, i cui effetti perniciosi, almeno in determinate fattispecie, possono d'altra parte essere paralizzati e attenuati attraverso la ordinaria tutela cautelare.

Sul piano della competenza, il legislatore ha consegnato il rito al Tribunale del contenzioso amministrativo<sup>27</sup>. Vero è che siamo di fronte ad un ordinamento in cui non vi sono due ordini di giudici, ma solo sezioni specializzate dall'interno di un'unica giurisdizione; è però comunque da sottolineare la scelta di privilegiare la sezione specializzata. E, come si vedrà subito, non sembra trattarsi di un'esperienza isolata.

### **3. Da un'idea liberale a una scelta funzionale: la riallocazione della giurisdizione sui diritti fondamentali tramite il rito speciale nel diritto francese.**

Quando il tema dei diritti fondamentali si innesta su ordinamenti a doppia giurisdizione, esso pone gravemente il problema del giudice che deve occuparsene e della tutela che questi deve offrire. È significativa, al riguardo, la sequenza attraverso cui il diritto francese è passato dall'idea liberale dell'indissolubilità del rapporto tra giudice ordinario e diritti fondamentali, all'idea funzionale di porre la tutela di quei diritti, allorquando fronteggino il potere amministrativo, nelle mani del giudice amministrativo<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> F. B. Callejón (coord), *Manual de derecho constitucional*, cit., 352.

<sup>27</sup> Espressamente sancita dall'art. 2 LRJCA, secondo cui “[e]l orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con [...] la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales?”.

<sup>28</sup> Sulle diverse ideologie che hanno nel tempo permeato il diritto amministrativo francese, sulla riviviscenza attuale di forme di neo-liberalismo, e sulla incidenza di ciò

Le questioni di giurisdizione, in quell'ordinamento, non possono non essere lette considerando il contesto culturale in cui si radicano, oltremodo restio a sottrarre al giudice amministrativo contenziosi che riguardino l'amministrazione. Ragioni storiche, sociali, politiche convergono nel determinare la centralità del giudice amministrativo, che, tramite il grimaldello del criterio del *service public*, ha assunto nel tempo una sorta di monopolio<sup>29</sup>.

Nondimeno anche il diritto francese ha rimesso al giudice ordinario le controversie che sorgano a fronte di una azione amministrativa non solo abnorme, ma che leda anche una libertà fondamentale: essendo la lesione così prodotta slegata da ogni forma di rapporto con il potere, si configura una *voie de fait*, che radica la giurisdizione sul *juge judiciaire*<sup>30</sup>. Non si tratta, almeno nei fatti, di una competenza esclusiva: tra la *voie de fait* e l'esercizio del potere possono esservi infatti aree di sovrapposizione che ammettono l'intervento concorrente del giudice amministrativo teso a dichiarare la nullità degli atti adottati, con una azione, il *recours en déclaration de nullité*, che peraltro ha trovato scarsa applicazione pratica<sup>31</sup>.

Questo assetto dei rapporti è di recente mutato<sup>32</sup> per effetto di una riforma che ha utilizzato la leva del rito speciale come strumento per recuperare anche i diritti fondamentali alla giurisdizione amministrativa. Il legislatore, con una norma oltremodo stringata, ha attribuito al cittadino una specifica azione tesa alla salvaguardia di un diritto fondamentale che risulti

---

in ordine alla ricostruzione del rapporto tra potere e diritti fondamentali, N. Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Paris, 2003, 482.

<sup>29</sup> Sul contenuto della nozione di "service public", M. d'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, cit., 46; R. Chapus, *L'administration et son juge*, Paris, 1999, 29 ss.;

<sup>30</sup> Sulla nozione di *voie de fait*, sui suoi limiti e sulla insufficienza della tutela offerta in questo caso dal giudice ordinario, D. Turpin, *Les libertés publiques*, Paris, 1995, 63 ss. Criticamente anche C. Debbasch, J-C. Ricci, *Contentieux administratif*, ed. VIII, 2001, n. 251, che qualifica la *voie de fait* come "une survivance archaïque de la méfiance des libéraux du XIX siècle à l'égard de la prétendue partialité des juridictions administratives".

<sup>31</sup> R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, ed. XII., Paris, 2006, 211. Nell'ipotesi in cui il giudice amministrativo sia adito con un ordinario ricorso per eccesso di potere e l'atto sia inesistente, il giudice dovrà poi convertire il ricorso, arrivando ad una pronuncia che dichiara nullo l'atto che ne è oggetto (ibidem, 732).

<sup>32</sup> Sulla progressiva estensione dell'intervento del giudice amministrativo, ancor prima della introduzione del *référé-liberté*, D. Turpin, *Les libertés publiques*, cit., 73.

gravemente minacciato dall'esercizio di un potere manifestamente illegale (il *référé-liberté*). In questo rito d'urgenza, il presidente del tribunale amministrativo ha il potere di adottare tutte le misure necessarie, senza incontrare alcun limite né circa il contenuto della pronuncia, né circa l'intensità del sindacato; la decisione deve poi intervenire in un termine brevissimo<sup>33</sup>.

L'interpretazione estensiva che è stata data alla nozione di libertà fondamentale<sup>34</sup> conferma l'attitudine espansiva sul punto della giurisdizione del giudice amministrativo. D'altra parte, sebbene l'intreccio di questi diversi strumenti renda difficile definire esattamente i confini tra le due giurisdizioni<sup>35</sup>, di fronte alla creazione di un rito speciale capace di dare una tutela così efficace, è stato già osservato che il ruolo del *juge judiciaire* sulla *voie de fait*, retaggio di una tradizione che lo vuole baluardo delle libertà fondamentali, non ha più ragione di essere o comunque non può che ridimensionarsi<sup>36</sup>.

La forza attrattiva della giurisdizione amministrativa si coglie anche nella legislazione di settore. La esprime bene, soprattutto se comparata con la corrispondente normativa italiana, la legislazione in materia di immigrazione<sup>37</sup>, che riunisce nel *juge administratif* tutte

---

<sup>33</sup> Ai sensi dell'art. 521.2 del Code de justice administrative, “[s]aisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures”.

<sup>34</sup> F. Brenet, *La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L521.1 du CJA*, in *Rev. dr. publ.*, 2003, 1535; J. Trémeau, *Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété*, in *AJDA*, 2003, 653; N. Jacquinet, *La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté, un cas à part*, in *AJDA*, 2003, 658.

<sup>35</sup> Vi è infatti chi sottolinea che il *référé-liberté* costituisce un completamento della tutela offerta dalla *voie de fait*, che va a coprire l'attentato alla libertà compiuto con atti o attività comunque legati all'esistenza di un potere: S. Daël, *Contentieux administratif*, Paris, 2006, 216. In questo senso anche J. Vuitton, X. Vuitton, *Les référés*, Paris, 2003, 313.

<sup>36</sup> J. Morand Deviller, *La bonne administration de la justice en France*, in V. Parisio (a cura di), *I processi amministrativi in Europa tra celerità e garanzia*, Milano, 2009, 34; R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, cit., 1399-1400. Più in generale, sul ridimensionamento dell'ambito applicativo della *voie de fait*, S. Hacquet-Berg, *La lente agonie de la voie de fait*, in *Resp. civ. et assur.*, 2004, et. 13.

<sup>37</sup> Raccolta nel *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*. Sui profili sostanziali della disciplina: V. Tchen, *Droit des étrangers*, Paris, 2006. Sui profili

le relative controversie<sup>38</sup>. E ciò, sempre adattando il rito attraverso l'introduzione di forti elementi di specialità: diminuendo il termine dell'impugnazione (un mese), disponendo l'effetto immediatamente sospensivo della proposizione del ricorso, obbligando il giudice a decidere entro tre mesi (ma con l'obbligo ulteriore di decidere entro sessantadue ore dalla notifica da parte della pubblica amministrazione al tribunale della eventuale "*placement en rétention*"<sup>39</sup>), riconoscendo alla decisione particolari effetti vincolanti sulla successiva azione amministrativa<sup>40</sup>. Il rito, dunque, si conforma alla situazione soggettiva in causa, ma la giurisdizione rimane saldamente nelle mani del giudice amministrativo: anzi, quando vi è l'esigenza di una ulteriore e specifica competenza (sul diritto di asilo), il legislatore crea una giurisdizione amministrativa speciale a cui attribuirla<sup>41</sup>. La disciplina appare ispirarsi ad un principio di concentrazione, che concilia esigenze di specializzazione del

---

processuali, sia pure in relazione ad una normativa poi in parte mutata, F. Julien-Laffarrière, *Droit des étrangers*, Paris, 2000, 107-111, 161-170.

<sup>38</sup>Almeno sin quando non si debba discutere di libertà personale, per cui ove venga in rilievo un "*placement en rétention*", il giudice amministrativo perde la giurisdizione (art. L.552.9 *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*).

<sup>39</sup> Il termine di sessantadue ore per rendere la decisione vale altresì in relazione alla decisione sul ricorso presentato al Presidente del Tribunale amministrativo, nel termine di quarantotto ore dalla notificazione, avverso l'atto di riconduzione alla frontiera che, in pendenza di quel termine o sino alla decisione del giudice, non può essere eseguito (art. L512-2 e L512-3 *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*).

<sup>40</sup>Dalla decisione di annullamento dell'ordine di lasciare il territorio, deriva l'obbligo specifico di rilascio di un permesso di soggiorno temporaneo, fino alla nuova statuizione della autorità amministrativa (Artt. L512-1, co. III, e L512.4 *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*).

<sup>41</sup> Si tratta della *Cour nationale du droit d'asile*, che l'art. L731.1 del codice qualifica espressamente come una *juridiction administrative*. E' peraltro interessante la sua composizione, per il rilievo che l'esecutivo ha rispetto alle nomine: l'art. L732-1 del codice dispone che "*La Cour nationale du droit d'asile comporte des sections comprenant chacune: 1° Un président nommé : a) Soit par le vice-président du Conseil d'Etat parmi les membres du Conseil d'Etat ou du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, en activité ou honoraires ; b) Soit par le premier président de la Cour des comptes parmi les magistrats de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes, en activité ou honoraires ; c) Soit par le garde des sceaux, ministre de la justice, parmi les magistrats du siège en activité et les magistrats honoraires de l'ordre judiciaire ; 2° Une personnalité qualifiée de nationalité française, nommée par le haut-commissaire des Nations unies pour les réfugiés sur avis conforme du vice-président du Conseil d'Etat; 3° Une personnalité qualifiée nommée par le vice-président du Conseil d'Etat sur proposition de l'un des ministres représentés au conseil d'administration de l'office*".

giudice, di economia processuale, di certezza al diritto, le quali, in uno con la specialità del rito, contribuiscono alla garanzia del diritto controverso. Tali esigenze non risultano invece analogamente soddisfatte dalla normativa italiana, su cui è possibile a questo punto soffermarsi.

#### **4. Il regime processuale dei diritti fondamentali nel sistema italiano, tra garanzie (vere) di rito 'speciale' e garanzie (apparenti) di giudice 'comune'.**

Nonostante manchino, nell'ordinamento italiano, riti speciali esperibili in via generale a garanzia dei diritti fondamentali, il legislatore ha in molti casi corredato singoli diritti di uno specifico trattamento processuale. A differenza però di quanto appena esaminato, la creazione del rito speciale è stata sovente l'occasione per riaffermare la giurisdizione del giudice ordinario, anche nelle materie affidate in via esclusiva all'altro giudice.

Sembra potersi leggere in questo senso la previsione che radica nel giudice ordinario la cognizione su comportamenti (anche) della pubblica amministrazione che configurino una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, con lo scopo o l'effetto "di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica"<sup>42</sup>. La norma riconosce in modo espresso il potere di ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione e, se del caso, condannare al risarcimento del danno. Ciò all'esito di un rito speciale, assoggettato a regole particolari anche per ciò che concerne la legittimazione ad agire<sup>43</sup>, che consente al tribunale, in composizione

---

<sup>42</sup>Artt. 43 e 44 d. lgs n. 286/1998.

<sup>43</sup>A norma dell'art. 5 d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215 ("Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica"), "[s]ono legittimati ad agire [...] in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione, le associazioni e gli enti inseriti in un apposito elenco approvato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali e del Ministro per le pari opportunità ed individuati sulla base delle finalità programmatiche e della continuità dell'azione [...] Le associazioni e gli enti inseriti nell'elenco [...] sono, altresì, legittimati ad agire [...] nei casi di discriminazione

monocratica, sentite le parti, ma omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, di procedere nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili, in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto, per poi decidere con ordinanza. Peraltro, nei casi di urgenza, il tribunale provvede con decreto motivato, assunte, ove occorra, sommarie informazioni; il decreto deve essere successivamente confermato con ordinanza, da adottare dopo che si è tenuta una apposita udienza<sup>44</sup>.

Il fatto che nel concetto di “comportamento” sia compresa anche l’adozione di atti amministrativi<sup>45</sup> rende tale azione particolarmente rilevante: d’altra parte, la tendenza crescente a rivestire certe manifestazioni del principio di eguaglianza con la corazzatura del diritto fondamentale (già possibile alla luce degli artt. 2 e 3 Cost., ma che è oggi fortemente alimentata da fonti sovranazionali<sup>46</sup>) comprime notevolmente l’operare dell’eccesso di potere per disparità di trattamento, definendo nuovi limiti esterni al potere amministrativo e configurando fattispecie di atti nulli in ipotesi di vizio altrimenti riconducibili alla mera illegittimità. Il che, di nuovo, è fenomeno non esclusivo del nostro sistema<sup>47</sup>.

---

collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione”

<sup>44</sup>Il medesimo rito risulta poi utilizzabile, per effetto di un espresso rinvio, in ogni caso di discriminazione fondata su religione, convinzioni personali, handicap, età e orientamento sessuale, ma solo con riferimento all’occupazione e alle condizioni di lavoro (d. lgs. n. 9 luglio 2003, n. 216 “Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro”).

<sup>45</sup>Come peraltro avviene per il *référé-liberté*, che può essere utilizzato tanto per le lesioni arrecate da un fatto materiale, che per quelle prodotte con la adozione di una decisione: R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, cit., 1385.

<sup>46</sup>Si vedano, esemplificativamente, l’art. 13 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, l’art. 1 della Convenzione internazionale sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (da cui è tratta la definizione di discriminazione contenuta nell’art. 43 d. lgs n. 286/1998), l’art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, le direttive 2000/78/CE e 2000/43/CE. Sul rilievo delle fonti sovranazionali ai fini dell’emersione o del consolidamento dei diritti fondamentali: N. Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés*, cit., 482.

<sup>47</sup>Rappresenta bene questa tendenza espansiva la fattispecie di nullità individuata nell’ordinamento spagnolo derivante dall’esistenza di vizi formali che siano in grado di incidere sul diritto ad una tutela effettiva: J. García Luengo, *La Nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid, 2002, 169. Si è visto peraltro come anche in Francia il

Le potenzialità applicative dell'azione contro la discriminazione sono in effetti bene evidenziate da un caso recente nel quale il giudice ordinario ha dichiarato discriminatoria l'adozione della delibera con cui un comune ha previsto l'erogazione di una somma di danaro per i nuovi nati, limitatamente ai soli cittadini, ordinando di eliminarne gli effetti e di attribuire il beneficio anche agli stranieri che fossero in possesso degli altri requisiti<sup>48</sup>. Ha poi rilevato una nuova discriminazione nella successiva decisione del comune che, piuttosto che accettare l'estensione, aveva optato per la revoca generalizzata del beneficio, anche disattendendo eccezioni legate alla insufficienza delle risorse a disposizione dell'amministrazione: e ciò arrivando fino a fissare il nuovo termine di presentazione delle richieste per l'ottenimento del bonus ed imporre le necessarie forme di pubblicità<sup>49</sup>.

Non è agevole stabilire come questa giurisdizione del giudice ordinario si raccordi con quella del giudice amministrativo (se le due giurisdizioni concorrano, obbligando a riesumare risalenti criteri di riparto fondati su *petitum* o prospettazione, o se le due giurisdizioni si escludano perché la gravità della discriminazione produce nullità dell'atto, obbligando a ridefinire i confini dell'eccesso di potere); ciò che è certo è che, tramite l'azione antidiscriminatoria, la tutela raggiunge un insolito livello di intensità.

La specialità manifesta in questo caso una sua ulteriore funzione, che trascende la dimensione della situazione soggettiva individuale. La società, sempre più complessa e multiforme, abbisogna di strumenti che garantiscano la coesistenza delle sue diverse componenti, contenendo le disparità entro limiti costituzionalmente tollerabili<sup>50</sup>. La specialità del rito con cui si gestiscono queste specifiche conflittualità, insomma, riflette la forza

---

concetto di libertà fondamentale, tutelabile attraverso il *référé-liberté*, è estremamente ampio: v. *supra*, nota n. 34.

<sup>48</sup> Trib. Brescia, sez. lavoro, ord. 26 gennaio 2009, n. 335.

<sup>49</sup> Trib. Brescia, sez. lavoro, ord. 12 marzo 2003, n. 198. Sui profili sostanziali della vicenda, si veda C. Corsi, *Prestazioni assistenziali e cittadinanza*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, 30 ss..

<sup>50</sup> Sulla possibilità di considerare il rito speciale come espressione della coesistenza di statuti giuridici differenziati "costruiti magari su base culturale ed etnica, piuttosto che economico-sociale": A. Romano Tassone, in AA.VV., *La differenziazione dei riti processuali tra certezza ed effettività della tutela*, cit., 12.

del bisogno di integrazione: l'attribuzione selettiva, agli interessi individuali protetti, di regole processuali di privilegio consente di graduare quegli interessi anche in funzione di obiettivi pubblici più generali. Il diritto all'eguaglianza in effetti non cambia – almeno quando riguarda tratti fondamentali della persona – né cambia la situazione soggettiva di chi è discriminato: cambia invece a seconda dei casi il disvalore del comportamento discriminante, ed è proprio questo disvalore, con le sue implicazioni sociali, che dà al diritto un contenuto più ampio.

Alla scelta del rito speciale si accompagna però anche una scelta sul giudice (il giudice ordinario): sottesa a ciò si scorge l'idea per cui, allorquando siano coinvolti diritti fondamentali, la posizione dell'amministrazione sia caratterizzata da carenza assoluta di potere, con la conseguenza che, di fronte ad una discriminazione, si può configurare una azione unica che prescindendo dalla natura del soggetto che agisce e della sfera delle sue attribuzioni. Poiché la Corte costituzionale ha affermato che non è costituzionalmente legittima l'assegnazione al giudice amministrativo di controversie del tutto disgiunte dall'esercizio di un potere autoritario<sup>51</sup>, da quelle premesse si dovrebbe concludere che lo statuto del diritto fondamentale comprenda anche una specifica garanzia rappresentata dall'appartenenza della giurisdizione al giudice ordinario. Quest'idea ha fatto sì che il giudice amministrativo incontrasse gravi difficoltà a trattenerne il contenzioso laddove l'amministrazione attenti a beni di particolare rilievo. Ma le implicazioni, in termini di garanzia, non sempre sono soddisfacenti.

La normativa in materia di immigrazione, che si è visto nell'ordinamento francese caratterizzarsi per avere riunito il contenzioso nelle mani del giudice amministrativo, può essere indicata come una cartina di tornasole dell'imbarazzo del legislatore nel gestire il rapporto tra amministrazione e diritti fondamentali. Il contenzioso riguardante l'ingresso o la permanenza dello straniero nel territorio, per un verso, è assistito da riti speciali che contribuiscono ad incrementare l'effettività della tutela, per altro verso però si frammenta e si sposta da un giudice all'altro in relazione al diverso motivo che dovrebbe giustificarlo. Ordinariamente, le controversie attinenti al rilascio del permesso di

---

<sup>51</sup> C. Cost., 6 luglio 2004, n. 204.

soggiorno spettano alla giurisdizione del giudice amministrativo<sup>52</sup>, che vi provvede secondo l'ordinaria procedura, ma non quando esso coinvolga aspetti legati al diritto inviolabile all'unità familiare<sup>53</sup>, per i quali è invece competente il tribunale che segue il rito speciale camerale di cui agli artt. 737 ss cpc.<sup>54</sup> Spetta ancora al giudice ordinario ogni controversia che riguardi richieste di asilo, riconoscimento dello status di rifugiato, protezione per ragioni umanitarie<sup>55</sup>, mentre, di nuovo, in ordine al decreto di espulsione la giurisdizione si distribuisce, radicandosi ordinariamente sul giudice ordinario (ma con azione soggetta a termine decadenziale, che il giudice deve decidere entro venti giorni), per convergere invece verso il giudice amministrativo (con competenza accentrata nel Tar Lazio, sede di Roma), quando il decreto sia dettato da motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato<sup>56</sup>.

E' una disciplina, quella così sommariamente esposta, che appare interessante soprattutto sotto il profilo del retroterra giuridico e delle premesse concettuali. Vi sarebbero molti distinguo da fare, ma, complessivamente, si può osservare che ogni volta e per ogni fattispecie in cui entra in gioco un diritto considerato fondamentale, il legislatore opta contemporaneamente per il giudice ordinario e il rito speciale, entrambi assunti a componenti dello statuto giuridico di quel diritto. Quando invece il bene leso non ha quella consistenza, la controversia è attratta dal giudice amministrativo, che segue le ordinarie regole che guidano il suo processo. Il risultato è però schizofrenico. Il bene in ballo è nella sostanza sempre il medesimo (l'interesse materiale ad accedere o rimanere nel territorio nazionale), ma chi balla, in relazione a micro porzioni di contenzioso, è soprattutto il soggetto leso.

---

<sup>52</sup>Art. 5 d. lgs 25 luglio 1998, n. 286.

<sup>53</sup>Sul diritto alla unità familiare come diritto inviolabile: Corte cost., 8 giugno 2005, n. 224; 23 dicembre 2005, n. 464.

<sup>54</sup>Art. 30, co. VI, d. lgs n. 286/1998, secondo cui se il giudice ritiene che il ricorso sia fondato può anche "disporre" il rilascio del visto. E' da notare anche che la norma attribuisce al giudice ordinario la giurisdizione a conoscere di ricorsi proposti 'contro' l'atto e, segnatamente, "[c]ontro il diniego del nulla osta al ricongiungimento familiare e del permesso di soggiorno per motivi familiari, nonché contro gli altri provvedimenti dell'autorità amministrativa". Analogamente l'art. 13, co. VIII, d. lgs n. 286/1998 prevede un ricorso al giudice di pace "contro" il decreto di espulsione.

<sup>55</sup>Corte cass., SS.UU., 9 settembre 2009, n. 19393.

<sup>56</sup>Art. 13, co. VIII e XI, d. lgs n. 286/1998.

Invero, la rigidità del criterio di riparto fondato sulla natura della situazione soggettiva di cui all'art. 103 Cost., accentuata dalla interpretazione che la Corte costituzionale ha dato delle “particolari materie” in cui è ammessa la concentrazione, rende non facile un'opera di razionalizzazione. Nuovi spazi sono però parallelamente aperti dalla giurisprudenza costituzionale, laddove ha rifiutato l'assioma della incompatibilità tra diritto fondamentale e potere amministrativo. Secondo la Corte costituzionale, non vi è “alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario - escludendone il giudice amministrativo - la tutela dei diritti costituzionalmente protetti”<sup>57</sup>. La Corte di Cassazione ha potuto trarne la conclusione che non è fondata la tesi per cui “sui diritti fondamentali protetti dalla Costituzione [...] la P.A. agirebbe sempre in carenza assoluta di potere e quindi i comportamenti di essa dovrebbero sempre ritenersi non fondati sull'esercizio di un potere e valutarsi come attività materiali e di mero fatto, riservate alla esclusiva cognizione del giudice ordinario”<sup>58</sup>.

Non si può non chiedersi quale concetto di ‘potere’ sia sotteso a tali affermazioni, e, in conseguenza, come il potere conviva con il diritto<sup>59</sup>. E' certo che non si tratti del ‘genere’ di potere capace di conformare la situazione soggettiva, perché il diritto costituzionale esiste a prescindere da esso; è però egualmente certo che la situazione soggettiva non è insensibile alle turbative che può arrecargli l'attività che la legge pur sempre demanda all'amministrazione di svolgere. Il potere sembra in fondo, nella prospettiva seguita dalla giurisprudenza, il riflesso del riconoscimento del ruolo dell'amministrazione rispetto alla presa d'atto, da parte dell'ordinamento, dell'esistenza del diritto e alla sua concreta attuazione.

---

<sup>57</sup> Corte cost. , 27 aprile 2007, n. 140.

<sup>58</sup> Corte Cass., SS.UU., 28 dicembre 2007, n. 27187. Vi sono già tracce, nella normativa, di questi nuovi orientamenti: l'art. 4 d.l. 23 maggio 2008, n. 90, prevede espressamente che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo su certe controversie concernenti la gestione dei rifiuti si estenda anche ai “diritti costituzionalmente tutelati”.

<sup>59</sup> Il riconoscimento della possibile coesistenza tra potere e libertà fondamentale è d'altra parte alla base della stessa configurazione del *référé-liberté*, che presuppone una lesione della libertà nell'esercizio del potere pubblico: S. Daël, *Contentieux administratif*, cit., 216.

Abbandonando subito il problema concettuale che sta alla base, e prescindendo dalla coerenza dogmatica delle nozioni che vi sono presupposte, ci si può limitare a tirare le fila degli orientamenti giurisprudenziali sul punto. Ciò che emerge è che il carattere incompressibile del diritto esclude che la controversia affluisca al giudice amministrativo sulla base della sua ordinaria giurisdizione sugli interessi legittimi, mentre, di fronte ad un diritto fondamentale, non vi sono ostacoli costituzionali che impediscano al legislatore di attribuire le relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo<sup>60</sup>.

La posizione assunta dalla Corte permette di osservare allora che lo statuto processuale del diritto fondamentale non comprende una riserva al giudice ordinario; la garanzia è nella adeguatezza del rito e non nella tipologia del giudice. Le due cose sono state in passato legate: il processo civile, anche fino a pochi decenni orsono, offriva strumenti di tutela più affinati rispetto a quelli messi a disposizione dal giudice amministrativo. Oggi, soprattutto nella giurisdizione esclusiva sui diritti, non è così: anzi, lo stesso legislatore sta attrezzando il giudice amministrativo per far fronte a fattispecie che si caratterizzano per la particolare rilevanza del bene, prevedendo per esempio norme particolari in materia di tutela cautelare proprio quando “la richiesta attenga ad interessi essenziali della persone quali il diritto alla salute, alla integrità dell’ambiente ovvero ad altri beni di rilievo costituzionale”<sup>61</sup>. E comunque, nel momento in cui l’esigenza costituzionale di garantire il diritto appare tanto forte da rendere qualsiasi rito inadeguato, la scelta del giudice risulta sotto questo profilo una scelta neutra.

---

<sup>60</sup> Ed infatti, secondo la Corte di Cassazione, quando siano in gioco diritti umani fondamentali “la garanzia apprestata dall’art. 2 Cost., esclude che dette situazioni possano essere degradate a interessi legittimi per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, al quale può essere affidato solo l’accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione umanitaria, nell’esercizio di una mera discrezionalità tecnica, essendo il bilanciamento degli interessi e delle situazione costituzionalmente tutelate riservate al legislatore”. Segue che “[l]a giurisdizione sui diritti umani fondamentali, in mancanza di una norma espressa che disponga diversamente, spetta al giudice ordinario” (SS.UU, ord. 9 settembre 2009 n. 19393: si veda, a commento, F. Manganaro, *I diritti umani sono diritti soggettivi non limitabili dal potere amministrativo*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)).

<sup>61</sup> Art. 21, co. VIII, l. n. 1034/1971.

La rottura della indissolubilità del rapporto tra diritti fondamentali e giudice ordinario offre nuovi spazi per una riallocazione della giurisdizione. E, spezzato il legame, il parametro della scelta deve essere un altro: il criterio di riparto non può che essere tracciato sulla base della funzionalità rispetto alle esigenze.

In effetti, al di là della questione specifica del rapporto di potere che sovente si consuma nella risoluzione delle questioni di giurisdizione, si può individuare nella chiarezza e razionalità dei criteri sulla identificazione del giudice fornito di giurisdizione, non solo una condizione di effettività delle tutela, ma anche una espressione del diritto alla buona amministrazione<sup>62</sup>, che può risultare lesa da certe abnormi ipotesi di ripartizione. E ciò anzi appare tanto più vero quando si tratti di diritti fondamentali: se non è accettabile mai, certo non è accettabile in relazione a diritti sensibili che la tutela sia ostacolata da un irragionevole criterio di riparto che renda difficile l'individuazione del giudice o che, in controtendenza con le riforme che sempre più cercano di riunire in un solo processo ogni rivo del contenzioso, obblighi ad una moltiplicazione delle iniziative giurisdizionali per arrivare ad una completa soddisfazione.

Traendo lo spunto da una analisi comparatistica, sembra così potersi osservare che la tutela dei diritti fondamentali, nel nostro ordinamento, appare in molti casi limitata proprio laddove il legislatore è voluto intervenire a proteggerla. Questi, infatti, partendo dal presupposto che la riserva di giudice ordinario costituisca parte del contenuto del diritto, ha inseguito quel giudice anche a costo di sacrificare esigenze di certezza e concentrazione che invece, quelle prima di tutto, costituiscono per il diritto controverso specifici elementi di garanzia. Se invece si imposta il problema della giurisdizione partendo dalla considerazione delle esigenze del soggetto che invoca tutela, proprio in simili ipotesi può risultare particolarmente opportuno ricorrere alla giurisdizione esclusiva, per il manifestarsi di quell'intreccio di situazioni soggettive di diversa natura che, in mancanza di una norma che

---

<sup>62</sup> D. Sorace, *La buona amministrazione*, in *La Costituzione ha 60 anni: la qualità della vita sessant'anni dopo*, Napoli, 2008, 123-124. In una logica in certa misura avvicinabile, il Conseil d'Etat francese ha in effetti legato il problema di un possibile spostamento della giurisdizione rispetto ai suoi soliti criteri ordinanti, come una questione di "*bonne administration de la justice*" (Conseil constitutionnel, 23 juillet 1996, 96-378 DC).

concentri la giurisdizione, può costituire un ostacolo alla effettività della tutela<sup>63</sup>.

### ***5. Il rapporto tra specialità del rito e pluralità delle azioni, partendo dall'esempio tedesco.***

Se è soprattutto al giudice ordinario che il legislatore ha consegnato forme speciali di tutela per garantire più efficacemente il privato leso dalla pubblica amministrazione, anche il processo amministrativo ha visto al suo interno nascere e moltiplicarsi regole derogatorie che alterano il suo normale corso.

Da questo punto di vista, la proliferazione dei riti trova tra le proprie ragioni non solo l'incapacità del legislatore ad affrontare sistematicamente il problema dell'effettività della tutela, ma anche una scarsa flessibilità del modello processuale. Quanto più il modello è uniforme, quanto più l'uniformità è assistita da una impalcatura rigida, tanto più diventa necessario piegarlo, tipizzando forme di specialità. Non sembra un caso che in sistemi (per così dire) non monolitici, in cui il processo e le sue caratteristiche tendono a modellarsi in funzione della effettività, i riti speciali non hanno trovato grande spazio.

L'esperienza tedesca, nella sua originalità, sembra confermarlo. La molteplicità delle azioni nominate, in Germania, offre una pluralità di strumenti, capaci di far fronte alle esigenze specifiche delle controversie che si presentino. L'accesso al giudice è garantito indipendentemente dalla forma che possa assumere l'attività delle pubbliche amministrazioni; la stessa esistenza di un atto amministrativo non lo condiziona, ma costituisce solo il

---

<sup>63</sup> Il possibile approdo dei diritti fondamentali al giudice amministrativo fa però risaltare ancor più alcune "anomalie" che storicamente e ancora affliggono quel giudice (dalle modalità di nomina, alla commistione delle funzioni, anche per come concretamente attuata e per come accentuata dal venir meno della distinzione rigida tra sezioni consultive e giurisdizionali). Questo annoso problema richiede in realtà di essere affrontato (e risolto) radicalmente e prima ancora di impostare il problema del riparto o della "dimensione" della giurisdizione amministrativa. D'altra parte, se quelle anomalie non sono accettabili, non lo sono in relazione a qualsiasi situazione protetta sia portata di fronte al giudice e non soltanto allorquando si tratti di diritti fondamentali. Dunque, se due giudici debbono esservi, la distribuzione della competenza tra loro deve poter seguire fino in fondo un principio di funzionalità ed adeguatezza della tutela, senza risentire di dati esogeni, che rilevano invece su un piano diverso.

presupposto per l'esperimento delle azioni più tipiche e proprie del processo amministrativo in relazione alla protezione chiesta da chi sia leso in un suo diritto soggettivo pubblico. All'azione impugnatoria, mediante la quale il soggetto mira ad ottenere una sentenza costitutiva di annullamento di un qualsiasi atto amministrativo illegittimo (*Anfechtungsklage*), si aggiunge l'azione diretta ad ottenere una sentenza di condanna dell'amministrazione alla emanazione di un atto amministrativo illegittimamente negato o omesso (*Verpflichtungsklage*). L'atto amministrativo può anche costituire oggetto di azioni di accertamento, dirette a farne dichiarare la nullità o l'illegittimità (quando l'atto abbia esaurito i suoi effetti). Parallelamente, quando l'attività dell'amministrazione non si espliciti mediante la emanazione di atti amministrativi, il privato dispone sia di azioni di condanna (*Leistungsklage*), anche inibitorie (*Unterlassungsklage*), sia di azioni di accertamento (*Feststellungsklage*) della esistenza o inesistenza di un rapporto giuridico, sia di alcune azioni costitutive processuali (come la *Vollstreckungsabwehrklage*, che si atteggia a rimedio processuale contro l'esecuzione forzata). In più, le azioni nominate non costituiscono un numero chiuso, per cui le varianti possono risultare ancora maggiori<sup>64</sup>.

Il modello tedesco ha rappresentato uno dei riferimenti della riforma del processo spagnolo<sup>65</sup>. La *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* non ha accolto appieno il principio di atipicità, ma ha comunque approntato un rito ordinario a schema flessibile, all'interno del quale convivono modelli distinti per requisiti di ammissibilità, termini di interposizione del ricorso, contenuto delle misure cautelari e della sentenza, modalità di esecuzione della pronuncia del giudice. Le azioni rimangono tipiche, ma si articolano, dando accesso a canali processuali modellati specificamente in funzione dell'oggetto del processo: si tratta, rispettivamente, dell'azione contro gli atti, contro il silenzio

---

<sup>64</sup> Si veda, sulle diverse tipologie di azione, il contributo di M. Carrà in D. Sorace (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, cit., in corso di pubblicazione.

<sup>65</sup> Si veda ancora il contributo di R. Briani, in D. Sorace (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, cit., in corso di pubblicazione.

significativo, contro l'inattività (materiale) dell'amministrazione, contro la «via di fatto»<sup>66</sup>.

La *ratio* di un simile approccio, nelle sue diverse graduazioni, è quella di rendere più duttile il processo, cosicché esso possa fare fronte alle varie forme patologiche di azione o inerzia amministrativa, coprendo, con azioni configurate *ad hoc*, le esigenze che tali patologie concretamente pongono. Il processo, nelle sue varianti ordinarie, mostra in questi ordinamenti una inusuale capacità di rispondere al bisogno concreto di tutela: l'inesistenza, in essi, di riti speciali (intesi come riti derogatori, congegnati per specifiche materie, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 23 bis l. n. 1034/1971) ne costituisce la conferma<sup>67</sup>.

L'evoluzione dell'ordinamento italiano non è indenne dall'influenza di questi riferimenti, cui anzi sembra tendere; anche il sistema italiano ha costruito, seppure con più fatica e meno evidenza, una serie di azioni tipiche, con rito proprio, ciascuna capace di offrire una specifica utilità.

Alla consueta azione di annullamento (con esito costitutivo) si accompagna innanzitutto l'azione a tutela dei diritti in giurisdizione esclusiva, che già oggi presenta tratti distintivi tali da consentirne l'identificazione in termini di azione autonoma. Infatti al di là dei casi, pur significativi, in cui assume una speciale fisionomia perché introdotta in forma possessoria o ingiuntiva, essa si caratterizza comunque per la diversità dei termini di ricorso, per la maggiore disponibilità di mezzi istruttori, per i più ampi poteri decisorii del giudice (se del caso anche in corso di causa, con l'adozione di ordinanze di condanna al pagamento di somme non contestate).

A ciò deve aggiungersi l'azione contro il silenzio, che sebbene venga di regola ascritta al *genus* dei procedimenti o dei riti

---

<sup>66</sup> R. Parada, *Derecho administrativo*, vol. I, ed. XVII, Madrid, 2008, 665 ss..

<sup>67</sup> In Spagna si è in effetti previsto sì un rito accelerato, ma sostanzialmente riservato alle competenze di limitato valore economico: A. Olmedo Gaya, *El procedimiento abreviado en la ley 29/1998, de 13 Julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa*, in S. Raimondi, R. Ursi, *La riforma della giustizia in Italia ed in Spagna*, Torino, 2002, 359 ss.; M. Sánchez Morón, *La celeridad del proceso contencioso-administrativo en España*, in V. Parisio (a cura di), *I processi amministrativi in Europa tra celerità e garanzia*, cit., 67.

speciali<sup>68</sup>, sembra presentarsi piuttosto come una azione comune con un proprio rito ordinario, a fattispecie aperta, capace di assorbire ogni forma di inattività illegittima, anche offrendo strumenti esecutivi del tutto peculiari. Ciò non esclude evidentemente che proprio al suo interno si rilevi un vero e proprio elemento di specialità; lo è senz'altro il potere del giudice di valutare la fondatezza dell'istanza<sup>69</sup> che, come è stato notato<sup>70</sup>, non si comprende perché dovrebbe essere esercitabile nei soli casi di silenzio e non invece anche nel giudizio che abbia ad oggetto un atto espresso. D'altra parte, come pure è stato rilevato, il diritto alla effettività della tutela comprende in termini generali il diritto ad ottenere una decisione del giudice *sobre el fondo*<sup>71</sup>, cosicché la costituzionalità di un sistema che limiti il potere di decisione del giudice all'annullamento dell'atto, almeno rispetto ad atti vincolati, non è affatto scontata. In questo caso, allora, la specialità può costituire il canale di ingresso di un elemento di rottura, la cui forza espansiva non sembra contenibile e che, in quanto tale, appare capace di assumere una valenza generale, secondo un processo osmotico che si è già riscontrato in altri ordinamenti<sup>72</sup>.

La codificazione di una azione *ad hoc* per il silenzio, cui si aggiunge l'ampliarsi della giurisdizione del giudice amministrativo sui diritti e la sua crescente caratterizzazione come azione autonoma (anche in conseguenza del fatto che i poteri cautelari e decisorii dei giudici si adattano oramai alla natura della situazione soggettiva), manifestano una linea di tendenza che, attraverso la strada maestra

---

<sup>68</sup> Nella sistematica delle opere sulla giustizia amministrativa, il rito sul silenzio è comunemente ascritto ai procedimenti e/o riti speciali: è il caso, ad esempio, di N. Saitta, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2005; E. Picozza, *Il processo amministrativo*, Milano, 2008; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2008. Non così C.E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2007, che, pur definendo il rito sul silenzio un "giudizio particolare" (p. 160), lo tratta non già nel quadro dei procedimenti speciali, ma nell'ambito del giudizio 'ordinario'.

<sup>69</sup> Su cui F. G. Scoca, *Rilievi critici sul trattamento processuale del silenzio*, in AA.VV., *La differenziazione dei riti processuali tra certezza ed effettività della tutela*, cit., 255.

<sup>70</sup> A. Travi, *I termini del processo amministrativo e i riti speciali*, Relazione svolta al Convegno "La codificazione del processo amministrativo nel terzo millennio", Roma, Consiglio di Stato, 20 maggio 2008, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>71</sup> J. R. Fernandez Torres, *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Madrid, 1998, 268.

<sup>72</sup> *Supra*, par. 2.

delle vie di azione, cerca di offrire mezzi ordinari che possano fornire, nella loro varietà, una prestazione adeguata<sup>73</sup>. Si stempera così l'unitarietà del modello, cui il processo amministrativo è stato graniticamente arroccato per decenni, per radicarsi invece un modello multiforme e come tale più versatile.

Quanto detto appare confermato dall'analisi delle principali fattispecie di riti speciali che si possono riconoscere nel processo amministrativo.

Da un lato, si riscontrano forme di specialità tese a comprimere la tutela del cittadino, attribuendo una posizione processuale di beneficio all'amministrazione, o, se si vuole, all'interesse pubblico di cui essa è portatrice. La possibilità per l'amministrazione convenuta in un giudizio che abbia ad oggetto la restituzione di un bene utilizzato per scopi di interesse pubblico, di chiedere al giudice la conservazione del bene, con condanna al risarcimento del danno<sup>74</sup>, rappresenta un elemento di forte devianza rispetto ai principi che governano i poteri delle parti nel processo, ma introduce anche una fase processuale di gestione di tale domanda che risulta estranea al rito ordinario. Dall'altro lato, la specialità, si lega essenzialmente alla volontà di rendere il rito particolarmente celere, come avviene in relazione tanto alle controversie in materia di accesso (che si presenta come un rito speciale rispetto alla giurisdizione esclusiva sui diritti che legittima

---

<sup>73</sup>A corollario di tutto ciò, e come necessario completamento della tutela, si debbono poi considerare l'azione risarcitoria (potenzialmente autonoma, posto che, anche a prescindere dalla questione della pregiudizialità, è riconosciuto in giurisprudenza che l'azione risulta esperibile anche a seguito di un annullamento in via amministrativa) e quella di ottemperanza (necessariamente dipendente, avendo sempre come presupposto un provvedimento del giudice). Diversamente, sul giudizio di ottemperanza come "rito speciale", si veda A. Tigano, *L'esecuzione delle decisioni amministrative: il problema del rito "speciale" (e "ingessato") di cui agli artt. 90 e 91 reg. proc. 1907 n. 642 e dell'esercizio dei poteri "sensibili" (e "mobili") di cui all'art. 27, n. 4, T.U. Cons. Stato*, in *La differenziazione dei riti processuali tra certezza ed effettività della tutela*, cit., 165-166. Tale qualificazione è motivata dall'A. in relazione alle particolarità che il rito presenta rispetto al giudizio amministrativo indicato come "di cognizione": pare però difficile poter porre in rapporto di *genus* e *species* due giudizi che sono funzionalmente differenti e che, l'uno consequenzialmente all'altro, completano la tutela. Non a caso, anche il codice di procedura civile tiene distinti il processo di esecuzione e i procedimenti speciali.

<sup>74</sup> Art. 43 d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327.

l'adozione di provvedimenti di condanna), quanto per il rito di cui all'art. 23 bis l. n. 1034/1971<sup>75</sup>.

L'accentuazione del ruolo dei riti speciali all'interno del giudizio amministrativo dipende dunque non già dall'esigenza di adattare una tutela che, per tipologia, risulta altrimenti inadeguata rispetto alla fattispecie in contestazione, quanto piuttosto dal voler perseguire interessi diversi: vuoi l'interesse pubblico altrimenti pregiudicato in modo che il legislatore reputa inaccettabile, vuoi l'interesse verosimilmente convergente privato e pubblico ad arrivare ad una celere definizione della controversia. Ed infatti la giurisdizione di merito, che viceversa offre una tutela diversa proprio nei suoi contenuti, è stata relegata ad un ruolo marginale, almeno sino ad ora<sup>76</sup>.

Ciò non significa che la valutazione della sufficienza della tutela offerta dal processo amministrativo italiano sia sempre condivisibile. Anzi, una analisi dell'art. 23 bis l. n. 1034/1971, in comparazione con altre esperienze, lascia non poche perplessità.

## ***6. La effettiva funzionalità dei riti speciali. Il diverso approccio del legislatore in Italia e in Francia nel caso esemplificativo delle aggiudicazioni di appalti pubblici.***

Diviene possibile, a questo punto, esaminare specificamente i riti speciali approntati nel processo amministrativo, alla luce di quanto precedentemente emerso.

Se il rito configurato dall'art 23 bis. l. n. 1034/1971, come poi richiamato da numerose altre normative settoriali<sup>77</sup>, costituisce

---

<sup>75</sup>Sul rito speciale in ordine all'accesso, M. Lipari, *La tutela giurisdizionale del diritto di accesso ai documenti: effettività della tutela e certezza delle regole*, in AA.VV., *La differenziazione dei riti processuali tra certezza ed effettività della tutela*, cit., 211 ss.

<sup>76</sup>La legge 18 giugno 2009, n. 69 (che all'art. 44 delega il Governo a procedere al riassetto del processo amministrativo), indica come uno degli oggetti su cui la delega dovrà provvedere il riordino della giurisdizione di merito, anche se, indicando specificamente l'esigenza di sopprimere le fattispecie non più coerenti con l'ordinamento vigente, sembra prefigurare un ulteriore ridimensionamento, piuttosto che una sua valorizzazione. In senso diverso sembra andare l'art. 44, co. III, lett. h, l. 7 luglio 2009, n. 88, che prevede l'affidamento del contenzioso sui contratti pubblici alla giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo.

<sup>77</sup> Ad esempio, art. 41 l. 23 luglio 2009, n. 99; art. 20 d.l. 29 novembre 2008, n. 185; art. 22 l. 3 agosto 2007, n. 124; art. 142 d. lgs 10 febbraio 2005, n. 30; art. 9 d. lgs 1 agosto 2003, n. 259; art. 3 l. 17 ottobre 2003, n. 280.

il principale esempio di rito speciale, una delle fattispecie più rilevanti, tra quelle previste dalla norma, concerne i provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, servizi pubblici, forniture, incarichi di progettazione.

In effetti, in ordine agli atti di aggiudicazione possono porsi problemi specifici di effettività della tutela del ricorrente (perché il contraente non aggiudicatario che impugna ma non ottiene tutela cautelare difficilmente può vedersi interamente soddisfatto dalla sentenza finale), come anche pone problemi specifici di garanzia dell'amministrazione e degli interessi generali (per il caso nel quale invece la tutela cautelare sia accordata, paralizzando il soddisfacimento del bisogno del lavoro, dell'opera, della prestazione). Problemi amplificati dal rilievo comunitario della materia, che, per un verso, obbliga a considerare i vincoli posti dalle discipline comunitarie e che, per altro verso, sottopone le scelte nazionali al giudizio della Corte di giustizia. Ma proprio di fronte a tali complessive esigenze, la soluzione per la quale l'ordinamento italiano ha optato appare poco incisiva, almeno se messa a raffronto con la radicalità delle soluzioni coneguate altrove.

Nell'ordinamento francese, tradizionalmente avvezzo a 'coltivare' la sua diversità<sup>78</sup>, il processo che ha ad oggetto i contratti di appalto è stato investito da novità rilevanti. Punto di partenza, un assetto "ortodosso" che consente l'impugnazione del c.d. *acte détachable*, secondo le regole del processo impugnatorio sull'*excès de pouvoir*, ma con conseguenze incerte dell'annullamento sul contratto<sup>79</sup>. La pressione del diritto comunitario ha però stravolto il meccanismo impugnatorio classico.

Il legislatore ha approntato un apposito *référé*, il "*référé précontractuel*"<sup>80</sup>, esperibile sino al momento in cui il contratto venga concluso, a prescindere dalla esistenza di atti amministrativi e

---

<sup>78</sup>L'espressione è mutuata da D. de Pretis, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa, tra integrazione e diversità*, cit., 19.

<sup>79</sup>B. Marchetti, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 111; R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, cit., 707-708.

<sup>80</sup>CJA L551-1 e 2, su cui F. Dieu, *L'irrésistible extension des pouvoirs du juge des référés précontractuels*, in *AJDA*, 2007, 782; E. Geffray e S.J. Liéber, *Référé précontractuel: une bouffé d'oxygène*, ivi, 2008, 2161.

comunque dalla loro impugnazione. Il processo si conclude o dovrebbe concludersi nel termine di venti giorni dal deposito del ricorso, con un provvedimento del presidente del tribunale con cui questi può ordinare all'amministrazione di conformarsi ai propri obblighi, sospendere la stipulazione del contratto e l'esecuzione delle decisioni amministrative prese, annullare gli atti adottati, sopprimere clausole destinate ad essere inserite nel contratto.

In via pretoria, il Consiglio di Stato ha ulteriormente contribuito a potenziare la tutela<sup>81</sup>, creando *tout court* un nuovo ricorso di piena giurisdizione da proporre direttamente contro il contratto, sia pure sempre entro un termine decadenziale, che porta al suo annullamento<sup>82</sup>. Tale giurisprudenza, a sua volta, ha rappresentato il presupposto per un ulteriore e recentissimo intervento legislativo, che ha introdotto l'ennesimo *référé*, esperibile a partire dal momento nel quale non è più utilizzabile il *référé précontractuel*, che ha ad oggetto diretto il contratto stipulato<sup>83</sup>. All'esito del ricorso, il giudice dichiara la nullità del contratto o, se ciò è in contrasto con una "*raison impérieuse d'intérêt général*", può in alternativa disporre la risoluzione, diminuirne la durata, imporre sanzioni finanziarie.

L'ordinamento francese offre così l'esempio di un sano rapporto dialogico tra legislatore e giudice e di una interazione

---

<sup>81</sup>Conseil d'Etat, 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*, su cui J. B. Auby, *Contentieux contractuel et revirements de jurisprudence*, in *Dr. adm.*, 2007, 7 ; P. Cassia, *Le nouveau recours contre le contrat : questions périphériques de procédure contentieuse*, in *AJDA*, 2007, 1964 ss. (a commento di alcune decisioni : T. Guilbaud, *Le juge des référés face à la jurisprudence Tropic*, in *AJDA*, 2008, 1443; J. M. Glatt, *Les juges du fond confrontés à l'application de la jurisprudence Société Tropic travaux de signalisation*, *ivi*, 2007, 2436). Sull'assetto complessivo della tutela in materia di appalti (anche) nell'ordinamento francese, B. Marchetti, *Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni: profili di diritto comparato*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>82</sup>E' da ricordare peraltro che gli appalti sono nel diritto francese "*contrats administratifs*" e la giurisdizione sui contenziosi cui essi diano origine spettano comunque al giudice amministrativo: come osserva B. Marchetti, *Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni: profili di diritto comparato*, *cit.*, "le soluzioni prospettate dagli Stati [...] riflettono in amplissima misura i tratti identitari dei sistemi. Così in Francia la competenza a decidere sul *référé précontractuel* ed ora anche sul contratto, spetta al *juge administratif*, tradizionalmente competente a conoscere dei contratti pubblici e della responsabilità dell'amministrazione".

<sup>83</sup>Ord. n. 2009-515 del 7 maggio 2009 (che ha introdotto gli art. 551-13 ss CJA), su cui T. Pez, *Transposition de la nouvelle directive "recours": du référé précontractuel au référé contractuel*, in *Dr. adm.*, 2009, 92.

virtuosa tra diritto comunitario e diritto nazionale, capace di generare un progressivo arricchimento del sistema della tutela. Esso ha tratto spunto dalla pressione comunitaria per superare un deficit di garanzie<sup>84</sup>, approntando nuovi strumenti che superano i limiti propri del modello, in un'ottica che, svelata dalla più generale proliferazione delle diverse procedure di urgenza<sup>85</sup>, sembra anche in questo caso quella di attenuare il carattere tradizionalmente unitario del contenzioso. Ciò però secondo una tecnica poco sistematica, costituita dalla segmentazione delle materie, ciascuna corredata di una propria specifica dotazione di strumenti processuali. E', in fondo, un modo originale per avvicinare, nei risultati, certi modelli più flessibili in cui, come si è visto, la centralità non è la forma di tutela (che, come è accaduto storicamente nel nostro ordinamento, finisce altrimenti con il conformare la situazione soggettiva), ma la situazione soggettiva (sulla cui consistenza si plasma la forma di tutela)<sup>86</sup>.

Dunque, di fronte ad un bisogno specifico indotto dal diritto comunitario, l'ordinamento francese ha dato una risposta non solo articolata ed efficace, ma strutturale: ha cambiato la tutela. Non si può non rilevare che il legislatore italiano, dietro la medesima spinta, ha sino ad oggi fatto molto meno: ha semplicemente accorciato il processo, addobbandolo con la tutela cautelare *ante causam*<sup>87</sup>. E oltretutto con corollari di dubbia ragionevolezza e di dubbia costituzionalità e compatibilità comunitaria<sup>88</sup>. Non è agevole, in particolare, capire il senso dell'esclusione della tutela cautelare laddove ve ne siano i presupposti ordinari, salvo casi

---

<sup>84</sup>R. Noguellou, *Le droit communautaire et les contrats publics*, in *Dr. adm.*, 2008, al. 1.

<sup>85</sup>Impressiona il numero dei référés esistenti nell'ordinamento francese, di cui dà conto W. Gasparri, in D. Sorace, (a cura di) *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, cit., in corso di pubblicazione.

<sup>86</sup>M. Fromont, *L'intensité du contrôle du juge sur les décisions administratives en France et en Allemagne*, in *Mouvement du droit public, Du droit administratif au droit constitutionnel, Du droit français au droits étrangers, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, 2004, 1118. Sulla attenuazione del carattere «oggettivo» della tutela nell'ordinamento francese, D. de Pretis, *La giustizia amministrativa*, in G. Napolitano (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, 294.

<sup>87</sup>M. A. Sandulli, *Diritto europeo e processo amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 43.

<sup>88</sup>Sugli aspetti di legittimità costituzionale della limitazione della tutela cautelare, si veda A. Bartolini, *Il rito speciale per i "settori sensibili"*, cit., 284-285 e 298.

eccezionali di estrema gravità ed urgenza<sup>89</sup>. E' vero che ciò dovrebbe essere compensato da una rapidissima definizione della controversia, ma il termine per la fissazione dell'udienza di merito è solo ordinatorio (con la conseguenza che il giudice può non osservarlo, cambiando sostanzialmente rito, poiché in quel caso, secondo la giurisprudenza, neppure le parti debbono osservare i termini speciali per la produzione di memorie e documenti<sup>90</sup>).<sup>91</sup> Se ancora si considerano i casi in cui l'annullamento dell'atto di aggiudicazione non travolge il contratto<sup>92</sup>, la norma che esclude in via di principio la concessione della misura cautelare costituisce un vero e proprio *vulnus* alla tutela.

La delega al Governo per l'attuazione della direttiva comunitaria concernente le procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti, contenuta nell'art. 44 l. n. 88/2009, fornisce l'occasione per una revisione del processo.

In particolare, la previsione dell'affidamento al giudice amministrativo di una giurisdizione esclusiva e di merito potrebbe cambiare l'intensità della tutela, almeno nei limiti in cui ciò sia possibile, tenuto conto che il legislatore delegante non sembra aver voluto abbandonare la logica del processo contro l'atto<sup>93</sup>, non abbia voluto cioè fare 'la rivoluzione francese'<sup>94</sup>. Ciò, in più, in un contesto in cui la posizione del privato potrà risultare comunque non poco penalizzata dalla previsione di termini di impugnazione estremamente ridotti<sup>95</sup> e dall'imposizione dell'obbligo di fare una

---

<sup>89</sup>Critico N. Saitta, *Riti abbreviati e tutela cautelare: un passo indietro?* in *I provvedimenti monocratici nel processo amministrativo*, Milano 2002, 127.

<sup>90</sup>Adesivo alla giurisprudenza sul punto, D. Vaiano, *Il rito accelerato*, cit., 48; perplesso A. Liberati, *Il processo dinanzi ai Tribunali amministrativi*, vol. II, Padova, 2006, 1432.

<sup>91</sup>Peraltro, il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittima una ordinanza che, nell'accogliere la istanza cautelare, non provveda alla fissazione dell'udienza di discussione in primo grado (Consiglio di Stato, sez. V, ord. 1° ottobre 2009 n. 4950).

<sup>92</sup>Art. 246 d. lgs n. 162/2006; 20, co. 8 e 8-bis, d.l. n. 185/2008 (sul quale. M. A. Sandulli, *Il processo amministrativo superaccelerato e i nuovi contratti ricorso-resistenti*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)).

<sup>93</sup>La legge prevede infatti pur sempre l'impugnazione di provvedimenti delle procedure di affidamento (art. 44, co.III, lett. f, punto 1, l. n. 88/2009).

<sup>94</sup>Di "rivoluzione", in relazione alla nuova disciplina dei *rérévés* in questa materia, ha in effetti parlato L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, cit., 162. Si veda anche, C. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, Paris, 2004, 415 ss.

<sup>95</sup>Art. 44, co.III, lett. f, punto 1, l. n. 88/2009.

preventiva comunicazione all'amministrazione, indicando sommariamente i motivi da far valere<sup>96</sup>. In fondo la stessa definizione dei presupposti in presenza dei quali il giudice può decidere che l'annullamento non travolga il contratto ("in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti"<sup>97</sup>), ben più blanda di quella che descrive il presupposto al ricorrere del quale il diritto comunitario consente che sia riconosciuta al giudice tale possibilità ("esigenze imperative di interesse generale", fatta letteralmente propria dell'ordinamento francese), sembra significativa di una prospettiva non troppo incline a valorizzare l'effettività della tutela<sup>98</sup>.

### ***7. La garanzia della celerità come questione politica o come gestione dell'urgenza: l'art. 23 bis l. n. 1034/1971 a confronto con il potere d'ordine del processo attribuito al giudice comunitario.***

Un'ultima considerazione circa l'art. 23 bis. Nella disciplina del rito convivono due aspetti. Un primo aspetto concerne l'imposizione alle parti di oneri specifici che consentono o dovrebbero consentire di arrivare più velocemente alla conclusione del processo<sup>99</sup>, consistenti nella riduzione dei termini processuali per i diversi adempimenti. Un secondo aspetto è quello della preferenza nella trattazione, che, se vi è stata una richiesta cautelare e sempre che ricorrano i presupposti per la sua concessione, il giudice deve assicurare fissando a breve l'udienza di merito. Dunque la manifestazione dell'interesse della parte alla celerità, attraverso la richiesta cautelare e la verifica da parte del giudice dell'effettiva esistenza dell'urgenza (per il tramite dell'accertamento del *periculum in mora*), costituiscono, insieme alla ragionevole previsione della fondatezza del ricorso, la condizione di accesso alla trattazione preferenziale. Si tratta di un aspetto del rito che rientra nella esclusiva disponibilità del ricorrente e che rappresenta una sua prerogativa processuale riservata.

---

<sup>96</sup>Art. 44, co.III, lett. d., l. n. 88/2009.

<sup>97</sup>Art. 44, co.III, lett. h, punti 1, 2, 3, l. n. 88/2009.

<sup>98</sup>Ciò, dunque, ponendo subito un problema di non corretta trasposizione.

<sup>99</sup> D. Vaiano, *Il rito accelerato*, cit., 32 ss.

In termini generali la creazione di un rito speciale, se non può dirsi di per sé in contrasto con il principio di eguaglianza o con il diritto alla tutela<sup>100</sup>, pone problemi di legittimità costituzionale e non solo perché tende irresistibilmente alla sommarietà e può porsi in tensione con il diritto di difesa e il contraddittorio. Quando il rito speciale è solo diretto all'accelerazione dei tempi processuali e non serve a superare un limite intrinseco del modello<sup>101</sup>, il problema di capire perché le controversie che ne costituiscono l'oggetto debbano avere la priorità rispetto ad altre diventa rilevante<sup>102</sup>, anche considerando il fatto che, dati i mezzi limitati a disposizione, l'accelerazione di alcuni processi rallenta inevitabilmente gli altri. Sotto questo profilo, non è affatto senza significato, nel suo apparente candore, la previsione contenuta nel regolamento di procedura innanzi al Tribunale di primo grado delle Comunità europee che statuisce l'obbligo del giudice di seguire un ordine cronologico, salvo vi siano motivi particolari che giustifichino la deroga, prefigurando così un diritto all'eguaglianza rispetto ai tempi della decisione che esprime bene, sul versante processuale, il principio di uguaglianza di fronte alla legge<sup>103</sup>. Sotto questo profilo, l'art. 23 bis suscita non pochi dubbi.

Con l'art 23 bis e le altre norme che ad esso fanno rinvio<sup>104</sup> il legislatore ha agganciato il rito accelerato ad una pluralità di fattispecie, il cui elemento comune non appare semplice da cogliere (autorità indipendenti, istituzioni di società, centrali elettriche, comunicazioni elettroniche, protezione civile, rifiuti, sport, etc). Né sembra che tutte queste materie, o ogni controversia che in esse possa sorgere, meriti una concentrazione delle risorse ed un maggiore sforzo organizzativo<sup>105</sup>. Oltretutto, data la natura delle controversie 'accelerate', pare evidente che a beneficiare della priorità di trattazione sia soprattutto la specifica figura sociale

---

<sup>100</sup> Corte cost., 10 novembre 1999, n. 427.

<sup>101</sup>Nel qual caso il problema di legittimità costituzionale si porrà all'inverso, sul presupposto della necessità di giustificare la disparità di trattamento costituita dalla mancanza di una tutela egualmente efficace.

<sup>102</sup> L. Ferrara, *Il rito in materia sportiva tra presupposti problematici e caratteristiche specifiche*, cit., 163.

<sup>103</sup>Art. 55 reg. proc. TrCe

<sup>104</sup>Si veda *supra*, nota n. 77.

<sup>105</sup>Di contrario avviso A. Bartolini, *Il rito speciale per i "settori sensibili"*, cit., 255.

dell'imprenditore, quindi l'interesse economico di cui esso è portatore, mentre il cittadino, con i suoi bisogni, magari essenziali, è di regola lasciato in balia dei normali tempi della giustizia. Non solo.

Che in certi casi possa manifestarsi l'esigenza di una accelerazione del processo rispetto ai suoi tempi fisiologici (o meglio è dire ordinariamente patologici) è difficilmente negabile. Però, comunque si voglia valutare, in termini positivi o negativi, il modo in cui l'art. 23 bis vi fa fronte<sup>106</sup>, non si può non chiedersi se sia davvero possibile rispondere alle esigenze di celerità codificando legislativamente le materie da privilegiare (e se, all'opposto, sia possibile non farlo, in un processo che deve essere comunque regolato dalla legge).

Sotto questo profilo, riflettere sull'art. 23 bis non vuol dire semplicemente ripensare alle materie<sup>107</sup>, o, come sta accadendo in modo incontrollabile, semplicemente estenderne l'applicazione (visto oltretutto che, così facendo, per un verso si indebolisce la possibilità di conseguire l'effettivo rispetto della norma<sup>108</sup>, per altro verso si accentua la disparità con le altre controversie, che vedrebbero allontanarsi sempre di più il conseguimento del 'bene' sentenza). Riflettere sull'art. 23 bis può voler dire invece, più al fondo, ripensare alla tecnica di gestione dell'urgenza<sup>109</sup>.

Anche su questo la comparazione può consentire una riflessione. I regolamenti di procedura degli organi di giustizia dell'Unione europea offrono l'esempio di un processo estremamente funzionale<sup>110</sup>. Il suo iter è molto formalizzato, ma, in esso, vi è anche la individuazione di una serie di snodi processuali, in cui il giudice è chiamato a fare scelte di adattamento del processo alla fattispecie, anche evitando sprechi di attività processuali (per esempio decidendo di volta in volta quale composizione debba

---

<sup>106</sup>Critico A. Travi, *L'art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971 fra disciplina particolare e rito speciale*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 149-150.

<sup>107</sup>D. Vaiano, *Il rito accelerato*, cit., 58.

<sup>108</sup>C. Saltelli, *La ragionevole durata del processo amministrativo*, cit., 993.

<sup>109</sup>Sulle prospettive immediate di riforma: A. Corpaci, *I riti speciali nella prospettiva della riforma del processo amministrativo italiano*, in D. Sorace (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, cit., in corso di pubblicazione.

<sup>110</sup>Per le sue caratteristiche, si rinvia al contributo di chi scrive concernente il sistema processuale comunitario contenuto in D. Sorace (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, cit., in corso di pubblicazione.

avere l'organo giudicante, in una gamma di soluzioni che va dal giudice monocratico alla sezione plenaria<sup>111</sup>). Nel contesto di questo processo camaleontico, la particolare urgenza consente al Tribunale di primo grado e alla Corte di giustizia, su istanza di parte, di “statuire mediante un procedimento accelerato”, da disciplinare attraverso apposite misure di organizzazione (che più in generale costituiscono lo strumento con cui il giudice garantisce il “buono svolgimento del processo”<sup>112</sup>) e con priorità rispetto alle altre cause pendenti<sup>113</sup>.

Il rito speciale è dunque, nel sistema comunitario, una variante che il processo può assumere date le circostanze in concreto nelle quali la controversia si radica, in conseguenza della generale previsione del potere del giudice di far fronte alle situazioni di urgenza<sup>114</sup>. La soluzione è ben più elastica e quindi più funzionale, ma è anche meno barocca rispetto a quella dell'art. 23 bis, perché sostituisce i balzelli previsti da quest'ultima norma<sup>115</sup>, spesso a pena di decadenza, con delle regole che si formano in giudizio, in una situazione di contraddittorio e conoscibilità<sup>116</sup>.

Per prospettare nel sistema italiano una soluzione che si ispiri alla scelta comunitaria occorre ovviamente fare i conti con il principio di legalità che permea il processo. Tuttavia, al di là del fatto che tale principio possa essere interpretato in modo tanto rigido da impedire di riconoscere al giudice una funzione di adattamento del rito, comunque l'esplicito riconoscimento di una

---

<sup>111</sup>Artt. 10-14 e 52, par. 2. reg. proc. TrCe; art. 44 bis ss. reg. proc. Cgce. Sulla opportunità di introdurre nell'ordinamento italiano ipotesi di giudice unico anche nella giustizia amministrativa, o addirittura composizioni variabili *ex post* delle sezioni giudicanti: F. Auletta, *La ragionevole durata del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 977-978.

<sup>112</sup>Artt. 52, par. 2, e 64, par. 2 lett. a., reg. proc. TrCe.

<sup>113</sup>Art 76 bis reg. proc. TrCe ; art. 62 bis reg. proc. Cgce. Su tale procedimento accelerato, P. Biavati, *Diritto processuale dell'Unione europea*, cit., 283.

<sup>114</sup>In questo senso, il meccanismo va molto oltre la previsione dell'art. 51 reg. proc. Consiglio stato, che consente al giudice soltanto di dichiarare il ricorso urgente, d'ufficio o ad istanza di parte.

<sup>115</sup> A. Travi, *I termini del processo amministrativo e i riti speciali*, cit.; id., *L'art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971 fra disciplina particolare e rito speciale*, cit., 151.

<sup>116</sup> Sulla possibilità di una de-formalizzazione, ma nel rispetto del giusto procedimento (che secondo l'A. delinea un modello minimale di processo cui deve corrispondere qualsiasi rito, anche speciale), A. Romano Tassone, *Introduzione* cit., 17.

simile funzione non sembra collidere con la legalità, almeno non più di quanto vi collida la sostanziale arbitrarietà con la quale il giudice decide nei fatti, ad oggi, i tempi di erogazione della sua prestazione.