

**RESOCONTO DEL SEMINARIO SUL LIBRO II (IL PROCESSO AMMINISTRATIVO DI I GRADO) DEL PROGETTO DI CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO SVOLTOSI IL 9 APRILE 2010 PRESSO L'UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MESSINA**

**(A cura: di Graziana Urbano, i preliminari e la relazione di A. Romano Tassone; di Leonardina Casoli, la relazione di R. Villata e gli interventi di F. Saitta e di C. Cacciavillani; di Lucia Murgolo, gli interventi di G. Caruso, G. Grasso, G. Tropea, I. Vitellio, G. Corso, E. Follieri e F.G. Scoca)**

o o o o o o o o

**A) PRELIMINARI  
(A cura di Graziana Urbano)**

Il secondo seminario di studio sulla bozza del Codice del processo amministrativo, segnatamente sul Libro II, avente ad oggetto il processo amministrativo di I grado è presieduta dal **Prof. Nazareno Saitta** dell'Università degli studi di Messina, il quale, dopo i saluti di rito anche a coloro che sono collegati in video-conferenza, introduce la giornata di studio, esprimendo il suo compiacimento per la organizzazione della medesima e dell'argomento trattato.

In primo luogo, il Presidente ricorda due grandi studiosi e maestri del diritto che hanno insegnato, dandovi lustro, nelle aule dell'Università messinese, il Prof. Pugliatti e il Prof. Silvestri.

In secondo luogo, il Presidente esalta l'argomento dell'incontro messinese, cioè la giustizia amministrativa, di cui si occupa da ben 60 anni, dei quali ripercorre i momenti più salienti, che rappresentano anche i tratti principali dell'evoluzione della giustizia amministrativa in Italia.

I primi momenti sono legati alla sua carriera professionale, dalla collaborazione, da "ragazzo di bottega", dell'unico studio messinese che si occupava di diritto amministrativo, alla frequentazione delle aule dell'allora Giunta Provinciale Amministrativa di Messina e dell'allora operante Consiglio di Prefettura, alla prima udienza del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana a Palermo, istituita negli anni 50, tra i cui primi componenti ricorda il Prof. Pompeo Corso, fino a giungere all'evento normativo epocale, che ha dato il battesimo ai suoi studi di diritto amministrativo, cioè l'introduzione della Carta Costituzionale.

In questi anni di attività professionale, molteplici sono state le occasioni di incontro con illustri maestri del foro, di cui ricorda Guarino, Orlando, Giannini, Silvestri.

Saitta richiama le ultime tappe dell'evoluzione della giustizia amministrativa in Italia: 20 anni fa, la legge sul procedimento, la legge n. 241 del 1990, nata sotto lo stimolo di Mario Nigro, che nelle aule messinesi ha impartito le sue memorabili lezioni; 10 anni fa, la mini riforma del processo, la legge n. 205 del 2000, che lo stimolò a compilare il manuale "*Sistema di giustizia amministrativa*", ora alla terza edizione, oltre altre monografie sui processi camerale e sui poteri monocratici del giudice amministrativo.

Ora, a conclusione della sua carriera universitaria, scientifica e professionale e soprattutto a 150 anni dalla nascita dell'Italia, altra tappa fondamentale è la creazione del Codice del processo amministrativo; non un nuovo Codice, ma il Codice, il primo Codice del processo amministrativo.

Questa è la prima stesura, sottolinea il Presidente, forse frammentaria e inadeguata, ma che rappresenta un punto di partenza per le future esperienze professionali e offre comunque un'occasione di studio, di conferme, di approfondimento di interessi vecchi e nuovi, soprattutto per chi, come lui, si è trovato ad applicare nelle discussioni nelle aule del tribunale e nelle aule universitarie, un codice inesistente.

Altro motivo di compiacimento di Saitta è la relazione di Antonio Romano Tassone, in quanto, fresco dell'insegnamento pisano di Franco Ledda, ha collaborato prima nel suo studio e poi nella Facoltà di Economia dell'Università di Messina, dove ha insegnato.

Dopo gli ultimi ringraziamenti di rito, nel sottolineare un cambiamento della scaletta delle relazioni, in quanto avrebbe dovuto intervenire per primo Villata, e la distribuzione dello scritto pregevolissimo di Follieri sulla natura giuridica del codice del processo amministrativo, pubblicato su [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) ed in corso di pubblicazione sul n. 2/2010 della rivista Diritto e processo amministrativo, il Presidente passa la parola a quest'ultimo, organizzatore dei seminari di studio.

o o o o o o o

**Il Prof. Enrico Follieri** chiarisce brevemente che lo scopo dei seminari di studio, organizzati con Villata e su sollecitazione di Scoca, è quello di apportare un contributo allo studio e al miglioramento del Codice del processo amministrativo in formazione.

Dopo l'incontro di Padova tenutosi il 26 marzo 2010 e quello in svolgimento a Messina, organizzato egregiamente da Antonio Romano

Tassone, Follieri ricorda i successivi seminari a Roma, il 30 aprile 2010, a Napoli, il 7 maggio 2010, e il conclusivo a Torino, il 21 maggio 2010.

Follieri ringrazia gli intervenuti ed evidenzia che la formula della giornata di studio, con soli due relatori, è diretta a permettere a tutti i presenti di poter intervenire, per dare il loro contributo di idee.

## **B) RELAZIONI** **(A cura di Graziana Urbano)**

Il **Prof. Antonio Romano Tassone**, dopo aver ringraziato gli organizzatori dell'incontro e Saitta, chiarisce che il suo intervento verte su considerazioni di carattere generale, non tanto sui singoli istituti, quanto sull'impianto complessivo del Libro II.

Procede ad un approfondito *excursus*, anche di carattere storico, sui due modelli procedurali, noti e ben distinguibili nel diritto amministrativo processuale, definiti, nel processo civile, l'uno giudizio di merito, l'altro giudizio di legittimità, per giungere ad individuare, alla fine, quale sia il modello di processo amministrativo che il Libro II del progetto di Codice richiama.

Il relatore, richiamando nozioni generali del processo civile, chiarisce che i due modelli procedurali citati, per quanto non rigorosamente contrapposti, si differenziano fortemente per l'oggetto, cioè per il tipo di valutazione sollecitata dall'attore ed effettuata dal giudice.

L'oggetto del giudizio di legittimità, infatti, secondo il modello tradizionale, verte sulla conformità al paradigma legale di un atto a carattere decisorio; in esso, dunque, campeggia un atto espressione del potere spesso promanante dall'apparato pubblico e dotato di imperatività, verso cui la parte attrice deve chiedere e forse ottenere la totale o parziale rimozione e su questa necessità si modella l'aspetto della procedura.

L'oggetto del giudizio di merito, invece, verte sulla verifica della pertinenza alle parti di un certo bene della vita, ragione per cui l'atto amministrativo, seppur non del tutto assente, non assume rilievo dominante e le domande delle parti possono prescindere da esso.

In linea generale, i due modelli procedurali differiscono in ragione del diverso grado di articolazione, a sua volta corrispondente a un differente modello di complessità logica, in quanto il giudizio di legittimità si contraddistingue per essere tendenzialmente ad esito finale, legittimo o illegittimo, per lo più privo di una vera e propria parte istruttoria, ovvero dotato di un'istruttoria rudimentale e si conclude con un dispositivo.

Il giudizio di merito, al contrario, è tendenzialmente complesso, nel senso che il problema che si affronta ammette molteplici e differenziate soluzioni ed è caratterizzato dalla presenza di una istruttoria ben più consistente e può concludersi con una varia gamma di pronunce decisorie.

Da ciò si deduce che il giudizio di legittimità, fin dalle sue origini e per una connaturata vocazione, a differenza del giudizio di merito, coinvolge in maniera più o meno profonda interessi pubblici, trattandosi, in fondo, di un controllo di legalità svolto attraverso il processo, che assume in linea generale i caratteri tipici della giurisdizione di diritto obiettivo e che comporta, sempre tendenzialmente, una esaltazione dei poteri officiosi del giudice, a discapito del ruolo delle parti, che talvolta, come accade nel processo costituzionale, sono del tutto estromesse dalla conduzione del giudizio.

Il relatore, tuttavia, chiarisce che la compresenza di entrambi questi modelli procedurali assume connotati peculiari e diversi nel processo amministrativo, rispetto all'esperienza del processo civile.

Mentre nel processo civile i due modelli si succedono l'uno all'altro, nell'ambito di una medesima controversia, prima sottoposta a un sindacato di merito e poi eventualmente a un sindacato di legittimità, nel processo amministrativo, essi, sempre tendenzialmente, si contrappongono, nel senso che ognuno dei due modelli si applica a controversie diverse.

Nel giudizio amministrativo di legittimità, infatti, trova espressione la cd. tutela di interesse legittimo, ovvero la tutela di annullamento, mentre nel giudizio amministrativo di merito si realizza la garanzia del diritto soggettivo, per cui è anche definito, secondo un recente neologismo, giudizio di spettanza, ragion per cui il giudizio di legittimità si pone come espressione della giurisdizione di diritto oggettivo e la giurisdizione di merito si articola piuttosto come giurisdizione di diritto soggettivo.

Ne consegue, quindi, nel giudizio amministrativo l'inapplicabilità contestuale ad una stessa controversia di entrambi gli schemi procedurali, poiché l'applicazione dell'uno o dell'altro è legata alla diversa consistenza della situazione giuridica soggettiva fatta valere nella controversia davanti al giudice.

La presenza e talvolta l'uso congiunto di entrambi i modelli, per tutto il corso del XIX secolo, si ritiene possibile solo nella giurisdizione esclusiva, nella quale, secondo l'insegnamento tradizionale, interesse legittimo e diritto soggettivo possono entrambi formare oggetto di cognizione da parte del giudice amministrativo; il diritto soggettivo viene in gioco laddove il giudice conosca dei rapporti paritetici, l'interesse legittimo laddove conosca di rapporti autoritativi e il processo si modella di conseguenza.

La differenziazione tra i due modelli, inoltre, emerge progressivamente, cioè, non ad opera del legislatore, ma per apporti successivi della stessa giurisprudenza amministrativa, talvolta coadiuvata anche da pronunce della Consulta, che ha portato a un graduale inserimento all'interno dello schema generale del processo amministrativo, costruito quale giudizio di legittimità, di elementi di maggiore complessità corrispondenti al modello del giudizio di merito, quali ad esempio una più ampia gamma delle

domande, un più esteso strumentario istruttorio, un maggiore potere di pronuncia del giudice sia cautelare che in merito, senza mutare l'impostazione di fondo del processo che non poteva che rimanere quella del giudizio di legittimità.

Questa prospettiva si accorda con la scelta del legislatore sia del 1889 sia del 1923, che aveva escluso dalla cognizione del giudice amministrativo i cd. diritti patrimoniali consequenziali, esclusione che sembra dovuta al fatto che il giudice per conoscere di tali diritti avrebbe dovuto piegarsi ad adottare moduli processuali di spettanza, avrebbe dovuto, in altri termini, "tribunalizzarsi".

Ne deriva ed è confermata l'idea, tutt'ora profondamente radicata anche nella giurisprudenza amministrativa, che il modulo processuale tipico rimane quello di legittimità, che, opportunamente riadattato, è idoneo a reggere anche la risoluzione giudiziale di controversie di spettanza.

Inoltre, per Romano Tassone, è il dato legislativo a suggerire la decisa prevalenza cronologica e logico-giuridica dello schema processuale della tutela di annullamento su quella della tutela di spettanza, tanto che nel caso in cui la compresenza nel medesimo processo di più domande riportate a situazioni giuridiche di diversa natura renda necessaria la applicazione contestuale di entrambi i modelli, essa deve avvenire secondo un ordine preciso: il giudice è chiamato prima ad affrontare la controversia di interesse legittimo, avvalendosi degli schemi del giudizio di legittimità e solo dopo, in via residuale, per quelle pretese ancora non totalmente soddisfatte attraverso la tutela di annullamento, ad applicare, con notevole riluttanza, i moduli del giudizio di merito.

Il relatore spiega brevemente le ragioni sottese a questa priorità, ravvisabili nella genesi del modello dello schema generale di legittimità, all'interno del quale l'opera pretoria ha gradualmente inserito elementi più consoni al giudizio di spettanza e nella concezione del giudice amministrativo quale giudice naturale dell'interesse legittimo, che può accordare tutela di spettanza alle sole controversie di diritto soggettivo intrinsecamente connesse con l'interesse legittimo e soltanto come completamento eventuale e sussidiario di protezione di quest'ultimo nonché nella naturale tendenza delle Corti ad affrontare il proprio compito nell'ottica e con gli strumenti per esse più consueti.

Un esempio molto chiaro offerto dal relatore della assoluta prevalenza che il giudizio di legittimità riveste nell'ordinaria attività del giudice amministrativo, che conduce alla subordinazione del giudizio di spettanza rispetto al giudizio di annullamento, o meglio alla riconduzione del primo ad appendice eventuale del secondo, è la riaffermazione da parte del giudice speciale della cd. pregiudiziale amministrativa rispetto all'azione risarcitoria, anche laddove, almeno in teoria, si pone la possibilità di applicare direttamente moduli di spettanza.

In sintesi, a chiusura di questo primo blocco di riflessioni sull'aspetto tradizionale del processo amministrativo, il relatore conclude che il ricorso al modello processuale della tutela di spettanza si ritiene possibile soltanto nell'ambito della giurisdizione amministrativa esclusiva e che la netta preferenza per l'utilizzazione dei moduli della tutela di annullamento ha comportato due conseguenze, cioè che la tutela di spettanza, anche se richiesta isolatamente, è accordata dal giudice sulla base di un modello processuale che ricalca quello della giurisdizione di annullamento più o meno opportunamente modificato e che, nei rari casi di necessaria utilizzazione congiunta dei due modelli, il giudice amministrativo ha operato spontaneamente un rigoroso ordine di priorità, subordinando l'esame della questione da decidere attraverso il giudizio di spettanza alla preventiva risoluzione di quella da affrontare attraverso il giudizio di annullamento.

Il relatore, riprendendo l'evoluzione dei modelli procedurali, si sofferma sugli importanti cambiamenti e sulle sostanziali novità del nuovo secolo, caratterizzati da un progressivo inserimento di tipiche questioni di spettanza all'interno della giurisdizione generale di legittimità, tanto che la questione di spettanza diviene oggetto direttamente, e non già in via subordinata e residuale, dell'accertamento operato dal giudice della legittimità.

Si pensi all'immediato accertamento della fondatezza della pretesa consentito al giudice sul silenzio, dunque nell'ambito di un rito speciale, o al meccanismo di cui all'art. 21 *octies* della l. 241 del 1990, introdotto nel 2005, o all'utilizzo dei mezzi istruttori a disposizione del giudice della legittimità e ai più ampi poteri di pronuncia, soprattutto cautelari, consacrati dalla legge 205 del 2000.

Romano Tassone ritiene, dunque, che si sia contaminato lo schema tradizionale del giudizio di legittimità con elementi tipici del giudizio di diritto soggettivo, a causa della positiva riqualificazione della situazione giuridica del cittadino nei confronti del potere amministrativo, che porta il ricorrente a richiedere alla tutela di annullamento una sempre maggiore efficacia satisfattiva delle sue pretese ad ottenere dal giudice un certo bene della vita.

Sebbene, secondo il relatore, sembra riproporsi, in buona sostanza, il complesso e problematico dibattito che aveva presieduto alla ibridazione dei due modelli nell'ambito della giurisdizione esclusiva e che ha portato alla formazione di un giudizio a "geometria variabile", oscillante tra l'uno e l'altro tipo di modello, ma complessivamente modellato sulla schema generale della tutela di annullamento, bisogna guardarsi da una tale fin troppo facile assimilazione, in quanto una cospicua differenza esiste.

Ciascuno dei due modelli corrispondeva, un tempo, a una differente situazione giuridica sostanziale; mentre adesso, alla luce dello schema del

riparto della giurisdizione consacrato dalla Carta costituzionale, a cui lo stesso progetto di Codice del processo amministrativo si richiama, è la medesima situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo a richiedere e ottenere protezione in forma composita; in altri termini, non vi è più la tutela di annullamento a garanzia dell'interesse legittimo e la tutela di spettanza a protezione del diritto soggettivo, ma entrambe le tutele sono a protezione del titolare di un interesse legittimo e/o di un diritto soggettivo, nelle materie di giurisdizione esclusiva, a seconda di quanto costui intende chiedere al giudice.

Ne consegue che, nonostante il giudice amministrativo sia tutt'ora il giudice naturale dell'interesse legittimo, non vi è più una sistematica preferenza per lo schema della tutela di legittimità all'interno del processo amministrativo, salvo a sostenere che la garanzia dell'interesse legittimo sia tutt'ora incentrata, sul piano del diritto sostanziale, sulla sola pretesa di annullamento e che, quindi, la tutela di spettanza assuma ancora oggi veste solo sussidiaria ed eventuale.

Questa soluzione appare essere suggerita anche dagli articoli 39, comma 5, e 40, comma 2, della bozza del Codice del processo amministrativo che subordinano o comunque collegano l'azione di accertamento o l'azione di adempimento all'azione di annullamento.

Queste argomentazioni conducono il relatore a osservare che la stessa tutela di annullamento possa oggi assumere connotazione più marcatamente soggettiva ed essere quindi accordabile in chiave di spettanza, almeno in prospettiva più o meno prossima, configurandosi l'annullamento dell'atto illegittimo come strumento di realizzazione di una reale pretesa del cittadino.

D'altro canto, sostiene il relatore, sono eliminate le difficoltà operative del passato, poiché adesso è il legislatore ad occuparsi della realizzazione di una tutela evoluta dell'interesse legittimo e della costruzione del nuovo processo amministrativo sulla base di moduli procedurali alternativi rispetto all'attuale, che deve chiaramente formare oggetto di una adeguata e ponderata riflessione da parte degli operatori del diritto circa le sue applicazioni fenomeniche e operative.

Romano Tassone, quindi, affronta l'esame del modello di processo amministrativo che propone il Libro II del progetto di Codice e ritiene che la riforma in gestazione disegna un processo "a schema composito", cioè costruito essenzialmente sul modello del giudizio di impugnazione, entro il quale vengono inserite, con apposite varianti o aggiunte, eventuali questioni, la cui soluzione esige un'azione processuale o strumentale di altro tipo. In buona sostanza, viene generalizzato un modello processuale fino ad oggi adottato nell'ambito della giurisdizione esclusiva, in base al quale, malgrado la parziale e talvolta significativa riformulazione dello strumentario processuale tipico della tutela di annullamento, sono le

domande non impugnatorie a doversi adattare a quest'ultimo e non viceversa.

A tale riguardo, vengono immediatamente offerti esempi desumibili da alcuni articoli del progetto di Codice: nell'art. 52, comma 2, le controparti vengono generalmente nominate controinteressati, secondo una nozione tipica del processo di annullamento e non esportabile tecnicamente al di fuori di esso; nell'art. 54, tutte le ragioni nuove e tutte le domande nuove rivolte o meno ad ottenere una sentenza costitutiva di annullamento devono essere proposte attraverso motivi aggiunti, anche nel caso in cui il ricorso originario sia del tutto privo di motivi di impugnazione, non essendo rivolto alla caducazione di alcun provvedimento amministrativo.

Ancora esempi di quanto il progetto di Codice risenta pesantemente del tentativo di restare quanto più possibile fedele al modello del processo di annullamento sono offerti dalla previsione dell'art. 53 del progetto, secondo cui le domande delle parti resistenti e dei controinteressati devono venire prospettate nella forma del ricorso incidentale e cioè secondo un istituto dalla conclamata struttura impugnatoria; più segnatamente, la previsione del comma 1 dell'art. 53, secondo cui le domande non devono essere avanzate tutte entro un unico termine, ma ciascuna di esse può esserlo nei termini previsti per la rispettiva azione, è una soluzione del tutto inusuale e non molto opportuna in presenza di azioni esercitabili nei termini prescrizionali.

È evidente, secondo il relatore, che questa previsione tenda a conservare quella sorta di parità delle armi circa la proposizione della domanda e la determinazione del *thema decidendum* che tradizionalmente è riconosciuta e che trova evidente giustificazione pratica nel processo di tipo esclusivamente impugnatorio, in cui il termine per l'esercizio dell'unica azione è quello decadenziale, che non sembra avere molto senso nel caso di azioni proponibili nel termine prescrizionale. Ragion per cui, il relatore suggerisce che sarebbe stato più opportuno adottare altra soluzione per consentire alle parti resistenti la proposizione della domande destinate all'esercizio della cd. difesa attiva.

Il modello del processo di impugnazione, quindi, si ripresenta ovunque e non solo in termini nominalistici nel corpo del Libro II del progetto di Codice che ripercorre una strada già seguita nel corso del XX sec. dal giudice amministrativo per realizzare una tutela del diritto soggettivo all'interno della giurisdizione esclusiva; il che porta a una contaminazione con elementi del giudizio di spettanza, di uno schema generale di diversa matrice.

Questo atteggiamento generale del progetto di Codice pone una serie di problemi più o meno complessi, cui il relatore accenna soltanto: il più importante è che esiste ancora una tutela di interesse legittimo distinta da una tutela di diritto soggettivo, sul presupposto che la situazione giuridica

sostanziale di interesse legittimo è distinta dal diritto soggettivo; secondo Romano Tassone sussiste questa distinzione, ma è consapevole che molte voci autorevoli sostengono il contrario.

Tuttavia, il problema dal punto di vista processuale, rimane: se, in altri termini, l'aspetto generale del processo amministrativo di 1 grado, disegnato dal progetto, sia congruo alle esigenze di una tutela evoluta di interesse legittimo e se questa tutela di interesse legittimo possa estendersi *tout court* come tutela di diritto soggettivo

Tra i molteplici dubbi, rimane quello di capire se il percorso della riforma avrebbe potuto sfiorare altre strade e valutare se, in luogo di modulare le domande non annullatorie secondo gli schemi di legittimità, non sarebbe stato preferibile adottare, almeno in parte, quale modulo della struttura di base del giudizio amministrativo, quello stesso dello schema tipico del giudizio di spettanza, nel quale le eventuali istanze meramente caducatorie del provvedimento avrebbero potuto inserirsi con minore fatica e con meno forzature.

È facile constatare che la logica interna del giudizio di annullamento presenta una intensa caratterizzazione e una rigorosa coerenza di soggezione; il giudizio di annullamento, secondo il relatore, è uno schema molto meno duttile rispetto a quello relativamente "amorfo" del giudizio di spettanza. Mentre quest'ultimo, in sintesi estrema, appare idoneo ad essere applicato senza eccessive deformazioni anche ad una domanda meramente annullatoria che potrebbe pur sempre essere ricostruita come domanda di accertamento della fondatezza di una pretesa sostanziale, il modulo del processo di annullamento può certo essere piegato, ma con adattamenti, alla verifica della fondatezza della pretesa sostanziale ad ottenere un certo bene della vita, poiché tale finalità resta comunque pur sempre subordinata al processo annullatorio.

Il nucleo fondativo del processo di legittimità riemerge in varie parti del progetto del Codice: ad esempio la mancata valorizzazione dell'impulso di parte o il ruolo cospicuo riconosciuto ai poteri officiosi del giudice; segnatamente, l'impulso di parte ancora oggi si esaurisce nella domanda di fissazione senza dover, invece, sostenere l'intero giudizio, che sembra ancora condotto dal giudice in via officiosa; il che quanto meno con riferimento alle domande di mero accertamento e di adempimento sembra francamente poco comprensibile.

E ancora, in relazione all'attività difensiva, manca la previsione della possibilità che le parti resistenti oppongano alle domande attrici eventuali eccezioni, confermando l'assenza delle eccezioni in senso proprio nel giudizio amministrativo riformato. D'altra parte, nota il relatore, la parola "eccezione" non compare nel progetto di Codice, il che risulta perfettamente congruo con una organizzazione del processo incentrata sui

poteri officiosi del giudice, ma che ha poco a che vedere con un processo di spettanza.

Infine, importanti poteri officiosi sono attribuiti esplicitamente al giudice in materia di prova: alla iniziativa della parti sono riservate sempre la sola sollecitazione della istruttoria presidenziale e la sola richiesta di assunzione della prova testimoniale, per il resto il giudice amministrativo resterebbe il signore della prova.

Quest'ultima asserzione confermerebbe la tradizionale vocazione oggettiva del giudizio di legittimità, in contrasto con la previsione dell'art. 74, comma 1, del progetto di Codice, secondo cui sulle parti grava integralmente, non più solo in forma attenuata, l'onere della prova.

Ma questa lettura in chiave tradizionalista del progetto di Codice, eccessivamente influenzata dall'ottica del passato, non è la sola possibile.

Non vi è dubbio, a parere di Romano Tassone, che il redattore del progetto abbia dato per presupposto, e anzi per scontato, che le disposizioni dettate nel progetto vengano a inserirsi nell'alveo delle pratiche giurisprudenziali ricorrenti e nell'attuale modello del giudizio di legittimità, ma non è detto che ciò debba necessariamente accadere, anzi potrebbe verificarsi che le norme ivi dettate, prese in se stesse o in combinazione sistematica tra loro, si prestino in varie occasioni ad applicazioni fortemente differenziate rispetto a questo modello.

Sul punto, il relatore è persuaso della convinzione che alcune norme che nel progetto di Codice richiamano istituti ben noti, sono abbastanza lacunose e presuppongono quasi una necessaria integrazione rispetto agli istituti che richiamano.

Tuttavia, laddove il Codice venisse letto come appunto "Codice", cioè come insieme organico, completo ed esaustivo delle norme sulla materia, si aprirebbe la strada a letture di altro tipo.

Le norme del Codice, infatti, lo consentono.

Se così è, in senso autocritico, il relatore afferma che da una diversa lettura delle norme, il richiamo alle categorie del giudizio di annullamento o al controinteressato si giustificano solo in senso propriamente nominalistico; anche il richiamo ai poteri officiosi del giudice amministrativo potrebbe essere in parte giustificato dalla necessità di evitare che il processo venga piegato ad usi fraudolenti; da una lettura in senso riduttivo, per esempio, si potrebbe completamente rovesciare l'impostazione descritta, per cui ne deriverebbe che il potere di impulso processuale non è necessariamente da intendersi come concentrato nelle mani del giudice.

Così come, con una lettura contraria e diversa da quella fornita dal relatore, il ruolo di contrasto delle parti resistenti potrebbe essere rivalutato; le eccezioni non nominate potrebbero intendersi incluse nelle domande di cui all'art.53 del progetto; si potrebbero valorizzare le novità come quella

che apre il contraddittorio a parti che finora non sembra potessero partecipare; o ancora, il maggior numero di mezzi istruttori a disposizione del giudice della legittimità fa immaginare che l'accertamento che egli debba compiere sia un accertamento più completo, per la cui stabilità è necessario quindi uno strumentario processuale più ampio.

Tuttavia, l'art. 53, comma 1, si presta male a quest'ultima lettura, ragion per cui il relatore ne proporrebbe, e questa è l'unica proposta che si sente di fare, con urgenza la riforma e la riscrittura.

Tutto il resto del progetto di Codice non sembra porre una insuperabile ipoteca sul processo amministrativo, poiché conferma e perpetua il dominio che attualmente ancora esercita lo schema della tutela di annullamento, o meglio dire lo schema di tutela dell'interesse legittimo che potrebbe comunque in un futuro non troppo lontano accostarsi più intimamente allo schema del giudizio di spettanza.

Peraltro, il relatore pone delle riserve sulla possibilità che quest'ultimo sia mai realizzabile in forma piena ed estesa, dati i risvolti oggettivi inevitabilmente sottesi a un giudizio destinato a svolgersi nei confronti di una P.a., il cui ruolo costituzionale e i cui modelli di azione giuridica sono ancor'oggi fundamentalmente incerti e tutt'ora oscillanti tra tradizione autoritaria e tentazioni paritarie.

Il relatore si chiede se può considerarsi un "Codice per tutte le stagioni" e risponde che fundamentalmente non lo è; ma comunque un Codice relativamente aperto e suscettibile di diverse letture e interpretazioni.

Un Codice, sintetizza il relatore, con lo sguardo rivolto soprattutto a ciò che non vi è più e un po' meno a ciò che non è ancora, che non corrisponde alle aspettative di chi chiede oggi al legislatore scelte forti, che non sono effettivamente effettuabili o auspicabili nell'ambito della strutturazione del modulo processuale della giurisdizione amministrativa.

Queste incertezze che altro non sono che incertezze del diritto sostanziale, non possono essere risolte dal legislatore del processo, la cui ispirazione nel progetto di Codice risponde alla crescente domanda di effettività di tutela dell'interesse legittimo, ampliando la gamma delle forme di protezione accordata al cittadino, almeno fino a quando i tempi non maturino.

Non merita, infine, un giudizio troppo severo la prudenza, se si vuole, la titubanza del progetto di Codice che non chiude con un passato tutt'ora incombente e si apre timidamente a un futuro ancora indefinito.

o o o o o o o o

(A cura di **Leonardina Casoli**)

Il **Prof. Riccardo Villata**, precisa che – anche se l'ordine dei lavori è stato invertito – egli è presente in veste, non già di relatore, ma di

presentatore del libro II del progetto di codice elaborato dalla sotto-commissione di cui ha fatto parte, insieme a Scoca. Sottolinea che, nell'attuale versione di elaborazione del progetto del codice, si tiene conto, ma non del tutto, dei suggerimenti dati in sede tecnica, perché alcuni punti, ritenuti tra i più qualificanti della riforma del processo amministrativo di primo grado, incontrano aperta ostilità da parte di chi, effettivamente, ha il potere di decidere il contenuto del testo.

Villata osserva che il libro II del codice, dedicato al processo di cognizione di primo grado, è modellato, tendenzialmente, sullo schema del processo a udienza unica e, più specificamente, sull'azione di annullamento. È indubitabile, pertanto, che si possa ravvisare una non perfetta consonanza, o addirittura una frattura, tra il primo libro e gli strumenti per dare attuazione alla pluralità di azioni ipotizzate nella disciplina del processo di cognizione, stante la disciplina sostanzialmente forgiata sull'attuale processo amministrativo.

Si migliora la disciplina, si eliminano i problemi che avevano dato luogo a dibattiti giurisprudenziali, tuttavia manca una netta volontà di uscire dagli schemi tradizionali del processo amministrativo. Ciò non è casuale, visto che la situazione giuridica soggettiva dedotta nel processo amministrativo – in disparte la sua qualificazione in termini d'interesse legittimo, diritto riflesso, o diritto soggettivo – è una situazione la cui protezione deve essere correlata alla disciplina del potere, di guisa che quella caducatoria resta, necessariamente e fatalmente, l'azione strutturalmente e funzionalmente più idonea a tutelare il soggetto, sia pure arricchita di nuovi effetti, oltre a quello eliminatorio. Peraltro, non è possibile sostenere – a partire da una risalente pronuncia del 1928 del Consiglio di Stato, Sezione IV, che estese l'ambito del giudizio di ottemperanza – che la sentenza di annullamento del giudice amministrativo produca solo effetti cassatori. Parlare di <<giudizio di spettanza>>, a dire di Villata, è esteticamente apprezzabile, ma, se si volesse essere coerenti fino in fondo, si dovrebbe giungere ad affermare che la struttura della situazione giuridica soggettiva tutelata nel processo amministrativo sia identica a quella del creditore nel processo civile.

Chi aspira all'assenso per realizzare una centrale nucleare o termoelettrica avrebbe, in sostanza, la medesima posizione – in termini di struttura del rapporto, e non certo d'importanza economica – di chi ha venduto un'automobile e pretende di riceverne il corrispettivo. In questo consisterebbe il giudizio di spettanza, accettare che la struttura di siffatte situazioni soggettive sia sostanzialmente la medesima e che esse siano protette allo stesso modo. È chiaro che si tratta di un ragionamento spinto all'estremo, ma indubbiamente, dal punto di vista logico, se si vuol parlare di giudizio di spettanza, è necessario prendere a parametro la struttura del

rapporto di credito e, volendo parlare di diritto di credito, si dovrebbe considerarlo per quel che è.

Ciò induce Villata ad una conclusione: il giudizio di spettanza è solo una bella formula, che non può essere calata nella realtà, almeno sino a quando il diritto sostanziale non muti radicalmente, o almeno sino a quando non si attui una diversa dislocazione del potere tra amministrazione e giudice, tale per cui chi decide se vi è stato un abuso di posizione dominante non sia l'autorità, ma il giudice.

Invero, la decisione su un abuso di posizione dominante può competere al giudice e non all'autorità amministrativa; la decisione se si possa realizzare un progetto di apertura di una centrale elettrica può competere, non all'amministrazione, ma ancora una volta al giudice. Si tratta di una prospettiva verosimile, poiché nulla vieta di eliminare, ad esempio, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, com'è avvenuto nell'esperienza americana. È, tuttavia, una prospettiva che postula un diritto positivo diverso da quello vigente. Si comprende, allora, come il libro II, nella sua tradizionale impostazione, non sia poi così deludente, perché, semplicemente, prende atto dello stato delle cose.

Analoga considerazione può essere svolta sul libro I, sol che si prescindano dalla proliferazione in esso dei tipi di azioni. Così, per l'azione di adempimento, va rilevato che essa non è mai considerata da sola ed è abbinata o all'azione di annullamento o a quella sul silenzio, di guisa che la centralità del giudizio d'impugnazione (che, peraltro, non produce solo un effetto cassatorio) corrisponde alla natura delle cose, almeno sino a quando la situazione giuridica soggettiva sia protetta, così com'è. Se si guarda al processo civile, il modello più simile non è quello del creditore che ha venduto l'automobile, semmai quello delle azioni societarie, o quello della contestazione del licenziamento e finanche quello delle impugnazioni negoziali, tutti schemi in cui non si tratta della tutela di un credito. Non è il diritto di credito – come oggi si vuole dire – la situazione giuridica soggettiva raffrontabile alla posizione del privato nei confronti della pubblica amministrazione. Comunque, se è vero che il libro II del codice disciplina tendenzialmente un processo modellato sullo schema dell'impugnazione e non sulla spettanza in senso pieno, è altresì vero – aggiunge Villata – che si può anche parlare di spettanza, magari in termini meno affascinanti, identificandola con quello che l'ordinamento dà come contenuto positivo alla pretesa dedotta.

Se la lite con l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è impostata nel senso che è il giudice a dover rilasciare direttamente l'autorizzazione in deroga, non è questo il giudizio per come è ricostruibile oggi; se, invece, è il giudice a statuire che la spettanza garantita dall'ordinamento consiste nel dire che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato – quando non dà un'autorizzazione in deroga o la dà a un

concorrente – ha agito male, questa è una ricostruzione più realistica. Tutto sta a comprendere cosa sia il giudizio di spettanza.

Venendo alla presentazione del libro II, Villata individua una delle lamentele più ricorrenti sul processo amministrativo, nel fatto che continua a non esserci un momento nel quale il giudice prenda in mano il fascicolo, veda di cosa ci sia bisogno e vada all'udienza collegiale preparato per la decisione. Non si tratta di introdurre nel processo amministrativo una serie di udienze istruttorie, ma solo di creare le condizioni perché, depositato il ricorso, questo abbia un soggetto titolare nell'ambito dell'organo giudicante, un soggetto con cui le parti, interloquendo, possano stabilire che cosa sia necessario fare sul piano istruttorio, dell'acquisizione documentale e quant'altro, di modo che l'udienza possa terminare, in tempi brevi, con una pronuncia di merito. Quando il primo testo è stato pubblicato, il "*Sole24ore*" ha parlato, come di una grande novità, dell'introduzione del giudice istruttore nel processo amministrativo. Viceversa, osserva Villata, si tratta di un meccanismo per il quale il presidente o un magistrato da lui delegato svolge alcune attività preparatorie. Non c'è un momento istituzionalizzato in cui tale potere debba essere necessariamente esercitato. C'è il potere presidenziale (delegabile), ma manca lo strumento, la sede e il momento in cui, necessariamente, nel corso del processo amministrativo, l'attività preparatoria sia svolta. Questa, a parere di Villata, è ancora la maggiore lacuna, nella logica del processo, per come è disciplinato dal secondo libro del codice.

La resistenza al cambiamento, a dire di Villata, è comprensibile, ma non condivisibile. Certamente, occorre contrastare il fenomeno della proliferazione delle udienze, ma, invero, non si chiede una serie indefinita di udienze, ma, che tutto si svolga in un'unica udienza, intesa come occasione (unica) di contatto tra le parti e il giudice. Si obietta, adducendo a pretesto il problema del carico di lavoro del magistrato, ma fa impressione la fatica di cambiare un certo modo di approcciarsi al processo amministrativo. Sappiamo che il problema di uno svolgimento celere del processo non è questione di norme, ma di strutture. Se c'è un processo veloce che non risentirebbe di un'introduzione di questo tipo è proprio quello amministrativo. I tempi possono essere non soddisfacenti per carenze organizzative, mancanza di uomini e mezzi, ma non per difetto di norme processuali. Ciò spiega solo in parte l'obiezione e la resistenza incontrata dalla proposta di disciplinare una fase preparatoria dell'udienza.

Villata annota alcune questioni, ora in chiave critica, ora in termini propositivi, evidenziando che non vi è pretesa di sistematicità e completezza.

Così rileva che l'art. 53 del progetto di codice reca la disciplina del ricorso incidentale e della domanda riconvenzionale. Lasciando da parte i

problemi di natura sistematica e generale, si segnala una piccola novità, nel solco della novellazione di norme vecchie che, lette in un certo modo, consentono di arrivare a pronunce perfettamente coerenti col dato letterale, ma non condivisibili. La novità è questa: il ricorso incidentale è notificato alla controparte. Come ha rilevato e scritto in alcune sentenze un magistrato molto colto che ha fatto parte della commissione, Giulia Ferrari, la vigente norma prevede la notifica non alla parte, ma all'avvocato della parte, per cui ci sono stati casi (sparuti, perché la maggior parte dei collegi giudicanti non era orientata in tale senso) in cui il ricorso incidentale è stato giudicato inammissibile perché notificato non all'avvocato, bensì alla parte presso l'avvocato. Dichiarato inammissibile il ricorso incidentale, l'eccezione, che avrebbe potuto ribaltare l'esito del giudizio, non ha avuto ingresso nel processo amministrativo e il giudizio, ha seguito sviluppi impensabili. La novità, ad avviso di Villata, costituisce un piccolo miglioramento.

Altro tema è quello dei motivi aggiunti: si è tentato di uscire dall'imbutto in cui la giurisprudenza si era cacciata sui termini, dimezzati per i motivi aggiunti tradizionali, non dimezzati per i motivi aggiunti sostitutivi di ricorso. La parificazione dei termini elimina un problema di non poco conto, se si considerano quei giudizi che hanno avuto esito infausto, sol perché alcuni TT.AA.RR. hanno ritenuto che il dimezzamento dei termini valesse anche nelle materie sensibili, per i motivi aggiunti alternativi al ricorso autonomo.

Si legga poi l'art. 55, una delle norme meno spiegabili, perché parla della nullità del ricorso. Si dice che – quando vi è incertezza assoluta sulle persone o sull'oggetto della domanda, quando nell'azione non si capisce quali siano le persone e quale sia l'oggetto della domanda – la semplice costituzione degli intimati sana la nullità. Per Villata, si tratta di una contraddizione in termini: se l'azione è così mal proposta che non si capisce quali siano le parti e quale l'oggetto della domanda, la costituzione delle parti non può mai sanare la nullità. La norma non potrà reggere alla prova dei fatti.

L'art. 56: nonostante in sede di commissione vi sia stata discussione, si è preferito stabilire che il termine per il deposito decorra da quando si perfezioni l'ultima notifica per il destinatario, sennonché si dà al ricorrente la facoltà di depositare prima. Ciò introduce un elemento d'incertezza, a causa della moltiplicazione delle notificazioni mediante servizio postale da parte dell'avvocato. Non si comprende il perché: chi fa la notifica ha in mano l'atto, per il notificante è giusto che decorra il termine; altra cosa è la decorrenza per il notificatario, che conosce l'atto nel momento in cui si perfeziona la notifica. Osserva Villata che, far decorrere i termini di deposito dal perfezionamento della notifica anche nei confronti del

destinatario, è un allungamento dei tempi che non tutela chi deve depositare.

Altro punto critico è l'integrazione del contraddittorio (art. 60, secondo comma): essa non può essere ordinata nel caso in cui il ricorso sia manifestamente irricevibile, inammissibile o infondato. Così facendo, si viola un principio fondamentale del processo. Si pensa di ridurre i tempi del processo, ma il rischio è di allungarli. Il principio dell'integrità del contraddittorio caratterizza il processo, lo rende tale e ad esso conferisce dignità. Non si deve sacrificare il principio, in nome della celerità del processo. Se la decisione è giusta, nessun problema, ma, se è appellata e il giudice d'appello non condivide la decisione del giudice di primo grado, ne risulta un disastro. Vale, allora, la pena di sacrificare un principio cardine del processo per motivi di economia processuale, quando non v'è certezza che si realizzi la svolta?

La riforma dell'intervento volontario, invece, presenta aspetti apprezzabili: non è un male che sia stato finalmente individuato il termine per proporre l'intervento volontario, dato che anche qui la giurisprudenza oscilla tra molte soluzioni, in assenza di una prescrizione legislativa chiara.

Uno dei punti cruciali è quello della tutela cautelare. Una tutela cautelare che può essere collegiale, monocratica o *ante causam*. Nella cautela collegiale, in particolare, vi è una delle disposizioni che Villata vede con maggiore perplessità, vale a dire l'allungamento dei tempi per la fissazione della camera di consiglio. Siccome non si tratta di un mito, ma è un'esigenza reale che la tutela cautelare sia veloce, non si capisce perché la commissione abbia dilatato il tempo della fissazione della camera di consiglio, per quella che dovrebbe essere la forma ordinaria di tutela cautelare, vale a dire la decisione collegiale. L'idea di alcuni è di garantire un contraddittorio reale nel momento in cui la sede cautelare diventa, per quanto possibile, sede di decisione immediata nel merito. Inoltre, si pensa di garantire un contraddittorio reale in sede cautelare perché è vero – l'esperienza lo ha dimostrato – che la camera di consiglio sovente, nei tempi troppo brevi, può dar luogo a difficoltà di contraddittorio delle parti intime, anche quando si tratti di decidere soltanto sulla misura cautelare, tanto più che, se si sceglie di passare alla decisione immediata nel merito, basta la mera informazione alle parti, non richiedendosi il consenso di esse sulla decisione immediata. Questi sono due motivi che, almeno per quello che è emerso in sede di discussione, hanno indotto la sotto-commissione, prima, e il *plenum*, poi, ad accettare l'allungamento dei termini.

Altra novità è il decimo comma dell'art. 66, vale a dire la generalizzazione dell'ipotesi che il giudice individui, in sede cautelare, come misura idonea a tutelare il ricorrente, la fissazione dell'udienza a breve, che è cosa diversa dall'abbinamento della sospensiva al merito, o dalla rinuncia alla sospensiva per ottenere un merito ravvicinato. La misura

non è molto usata dal giudice amministrativo, ma può accadere che, in sede cautelare, il giudice si limiti a fissare l'udienza di merito, la prima utile oltre il trentesimo giorno. La scelta comporta, fatalmente, un uso maggiore o una richiesta più frequente di decreti presidenziali. Questa è anche la conseguenza del prolungamento dei termini. Ci può essere una maggiore garanzia di contraddittorio, una maggiore consapevolezza nella decisione immediata, ma l'allungamento dei tempi porta, ad avviso di Villata, a un'implementazione della domanda di decreti presidenziali. Ed è in vista di questo che, nella nuova disciplina del decreto presidenziale, si cerca di introdurre forme, ancorché agili e ancorché non necessarie per quanto possibile, di contraddittorio. Il contraddittorio non significa certo che l'avvocato chiede il decreto presidenziale alle 9.00, lo notifica via fax alle 10.00, torna dal presidente o dal magistrato delegato alle 11.00 e ottiene il decreto presidenziale. Il contraddittorio non significa neppure far pervenire, in qualche modo, all'altra parte la richiesta di decreto presidenziale, bensì significa che la parte che riceve il decreto presidenziale abbia modo di interloquire e dire la sua. Diversamente, vale la pena di eliminare la necessità della previa notifica che, soprattutto per la cautela *ante causam*, può essere soluzione preferibile.

Con l'art. 67, secondo comma, si è tentato di consentire, sebbene in forma deformalizzata, un contraddittorio come scambio, con possibilità delle parti di interloquire prima della decisione del decreto e la garanzia che – se, effettivamente, il decreto presidenziale interviene – ci sia, poi, la sollecita verifica da parte del collegio della decisione presidenziale.

Quanto alla misura cautelare *ante causam*, l'opinione maggioritaria è che non sia molto avvertita la necessità di una siffatta tutela. La Corte costituzionale ha detto che la Carta fondamentale la consente, ma solo se le altre forme di cautela non siano soddisfattive, in termini di effettività. Sennonché, la Consulta ha poi bocciato il sistema del decreto presidenziale *ante causam*, dichiarando manifestamente infondata la questione sollevata dal T.A.R. Brescia. Viceversa, la Corte di Giustizia si è inventata una necessità europea di tutela *ante causam*, ma tutti sanno che la direttiva-ricorsi non la prevede come obbligatoria. Ad ogni buon conto, la tutela *ante causam* è contemplata oggi nella riforma della direttiva-ricorsi, ed è prevista dalla legge di delegazione o, quanto meno, è presa in considerazione. In un primo momento, in sede di sotto-commissione, non si è posta attenzione ad essa, poi si è deciso di normarla. Se si considera com'è strutturata l'azione, la misura cautelare *ante causam* non è particolarmente utile dal punto di vista di chi chiede una tutela cautelare, ma lo è dal punto di vista dell'economia processuale. Se la tutela cautelare *ante causam* è concepita come strumento per chi, vistasi negare la sospensiva, rinuncia all'azione di merito, allora può avere una funzione di economia processuale. Essa, infatti, non obbliga ad abbinare il ricorso nel

merito alla richiesta cautelare. È chiaro che, quando non c'è la misura cautelare *ante causam*, nei ruoli dei Tribunali, per ogni istanza cautelare, resta un ricorso pendente che deve trovare un esito, fosse pure l'esito meno gravoso (cioè, dopo cinque anni, la perenzione), comunque è qualcosa che grava sull'ufficio giudiziario. La tutela *ante causam* consente che, se essa viene negata, chi ha puntato tutto e solo sulla tutela cautelare si ferma e la cosa muore lì, senza che l'ufficio giudiziario resti gravato da un ricorso con tutela cautelare negata. Come strumento di economia processuale può funzionare, ma essa è pleonastica dal punto di vista della domanda di tutela di chi aziona lo strumento, perché, a ben vedere, le normative di cui all'art. 67, co. 2, e all'art. 72, co. 2, con qualche differenza di parola o frase, hanno contenuto identico. La necessità della previa notifica, la possibilità del contraddittorio e, solo nel prosieguo del procedimento, sono ravvisabili alcune regole processuali che le differenziano. Dal punto di vista di chi chiede la tutela, tuttavia, non si hanno particolari vantaggi, a meno che non si dia a questa norma un'interpretazione di tipo diverso: la tutela cautelare *ante causam* può/deve essere accordata esclusivamente sulla base del *periculum*, non tenendo conto dell'elemento della *prima facie*, ossia la serietà di quel che viene dedotto. Così, a parere di Villata, dovrebbe essere, se si vuole dare un contenuto di tutela maggiore, una volta scartata la procedura del deposito senza notifica e con il giudice che decide immediatamente se dare o meno la misura cautelare per poi fissare la camera di consiglio o la decisione in sede monocratica. Se si vuole, viceversa, seguire lo stesso percorso della tutela cautelare con decreto presidenziale, allora non si vede quale efficacia maggiore abbia la misura cautelare *ante causam*, anche perché non è previsto alcun raccordo particolare tra le ragioni poste a base della richiesta e i motivi che saranno dedotti nel ricorso di merito (beninteso, di merito in senso processuale). Che la norma non dica nulla sul *fumus boni juris* nell'art. 72 non significa nulla perché non dice nulla neanche l'art. 67, però ciò potrebbe anche giustificare una particolare interpretazione, utile per dare maggior senso alla tutela di chi chiede la cautela *ante causam* e non solo alle ragioni di economia processuale.

Quanto al tema dell'istruttoria, Villata intravede una debolezza nell'affermazione solenne con cui si apre l'art. 74, sull'onere della prova. La forma lessicale è discutibile (una subordinata, una principale, un rinvio ai principi del co. 1). Ma nella sostanza nulla è cambiato rispetto al "benvenutiano" principio ispiratore dell'istruttoria, e i poteri ufficiosi del giudice amministrativo sono rimasti pressoché inalterati, la qual cosa non è necessariamente un male.

Se entrerà in vigore, il codice cambierà i termini processuali: i 40, 20 (30 in Consiglio di Stato) e 10 non ci saranno più. I termini saranno, invece, 60 giorni per l'avviso, 30 per i documenti e la prima memoria, 20

per la memoria di replica. Villata non ritiene inopportuno che vi sia lo scambio di due memorie anziché di una, in vista del merito, perché davanti al Consiglio di Stato la discussione del merito non esiste più o quasi. D'altro canto, con tutto quello che è stato scritto in primo grado, nel secondo è ben difficile che ci sia qualcosa di nuovo da dire. Benché, a volte, si abbia l'impressione di una qualche impazienza dei collegi giudicanti (soprattutto presso il Consiglio di Stato) a fronte di richieste d'interventi giustificate dalla necessità sentita dall'avvocato per dovere professionale, di replicare alla memoria finale. E, allora, con la memoria di replica si può evitare il fastidio ai Collegi di sentirsi dire cose irrilevanti e, nel contempo, consentire all'avvocato di non venir meno al rispetto del dovere professionale. Se si dà all'avvocato la possibilità di scrivere e gliela si dà, non con le note d'udienza, ma con la memoria di replica, la cosa non è sbagliata.

Infine, una nota sul co. 3 dell'art. 83, disposizione particolarmente apprezzata da Villata. La norma esiste da tempo nel c.p.c. e, anche lì, è stata sempre obliterata; l'aveva affermata, come principio, l'Adunanza Plenaria, in un'illuminata decisione di Baccharini, e la si ritrova ora nel nuovo codice. Se il Collegio ritiene di decidere una questione non discussa dalle parti, lo dice, ma lo deve anticipare per tempo, di guisa che, quando se ne accorge dopo aver introitato la causa, la deve rimettere sul ruolo e invitare le parti a discutere quel profilo che le parti non hanno visto e che, viceversa, il giudice ritiene di considerare. Così, il processo acquista dignità e c'è vero contraddittorio tra le parti.

### **C) INTERVENTI** **(A cura di Leonardina Casoli)**

Il **Prof. Fabio Saitta**, svolge brevi considerazioni sull'art. 54, in tema di motivi aggiunti. La ritiene una norma formulata in maniera completamente diversa rispetto alla previsione attuale dell'art. 21, comma 1, della legge T.A.R., specie per quanto riguarda i motivi aggiunti nella cosiddetta nuova versione. La riforma sembra voler eliminare alcune perplessità, ma ne lascia irrisolte altre. La norma dice che quella di proporre i motivi aggiunti è una facoltà consentita al ricorrente incidentale e questa è una novità sicuramente opportuna, perché elimina un equivoco ancor oggi presente. Si trovano sentenze recenti (del 2002) che dicono che solo il ricorrente principale può introdurre i motivi aggiunti. F. Saitta ritiene, tuttavia, che la norma si porti un po' a rimorchio lo schema tradizionale impugnatorio, perché l'introduzione delle nuove ragioni e delle nuove domande avviene attraverso il veicolo tradizionale dei motivi aggiunti e, forse, si sarebbe potuto fare a meno di restare ancorati alla previsione; ma è questione solo nominalistica e formale che riguarda la

rubrica dell'articolo, ovvero la previsione del veicolo attraverso cui si devono introdurre le nuove ragioni e le nuove domande. F. Saitta aggiunge che un aspetto positivo è l'utilizzo di una terminologia più aperta, perché i motivi aggiunti di tipo tradizionale (cioè, quelli attraverso i quali si introducono nuove censure a sostegno di un ricorso precedente e vengono definite nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte) sono ben distinti dai motivi aggiunti nella nuova versione, quelli sostanzialmente introdotti dal 2000, che sono sussunti sotto la terminologia "domande nuove", purché connesse a quelle già proposte. Quindi, c'è una terminologia che riecheggia quella processual-civilistica e, da questo punto di vista, si resta un po' meno schiavi degli schemi tradizionali. Ovviamente, i motivi aggiunti, quali che siano, nella nuova e nella vecchia versione, ricadono fra le <<domande nuove>>. Il problema è vedere quali sono i problemi che permangono, in relazione ai motivi aggiunti (nella nuova versione), e questo, a parere di F. Saitta, è l'aspetto sul quale si sarebbe potuto fare un passo in avanti, perché, all'indomani della novità introdotta dalla legge 205/2000, sono sorte problematiche interpretative e c'è stato chi ha scritto ben sette note sui motivi aggiunti indicanti i problemi interpretativi posti dall'art. 1 della 205/2000. Molti nodi sono stati risolti dalla giurisprudenza, come il problema dei provvedimenti anteriori al ricorso resi noti in un momento successivo; ancora, il problema se si tratti di una strada obbligata o di un percorso alternativo, anche questo la giurisprudenza abbastanza rapidamente l'ha chiarito; il problema del mandato dato all'avvocato (se si impugnano nuovi provvedimenti, non ci vuole un nuovo mandato per estendere i poteri del difensore); e ancora, dal lato delle parti resistenti, l'autorizzazione a resistere dell'eventuale ente che debba opporsi alla nuova impugnazione, i problemi di notifica ed altre questioni poco a poco risolte dalla giurisprudenza. Forse, aggiunge F. Saitta, nell'ottica di un codice dichiaratamente a maglie larghe, non c'era bisogno di tornare su questi problemi, si sarebbe potuto lasciarli ancora all'elaborazione giurisprudenziale. F. Saitta intravede, invece, la permanenza del problema più sentito, quello della possibilità di estendere la lite a parti diverse, dove c'è ancora oscillazione giurisprudenziale. Sul punto, si va verso una maggiore apertura, sia in termini di giurisprudenza di primo grado che da parte del Consiglio di Stato, ma non è data ancora una soluzione consolidata. Nel 2002/2003, si escludeva che si potessero impugnare con i motivi aggiunti atti che coinvolgessero anche parti estranee al primo ricorso, si parlava dichiaratamente d'inammissibilità, salvo che non si potessero convertire in ricorso autonomo. Successivamente, il Consiglio di Stato ha affermato che l'identità delle parti si potesse intendere in senso lato, dovendosi ritenere un soggetto unico la cosiddetta parte pubblica in senso lato, cioè quella che – come evidenziato dalla Sezione VI – comprende tutte le pubbliche

Amministrazioni (ancorché soggettivamente distinte) che intervengono nella medesima vicenda procedimentale per la cura del medesimo interesse pubblico e di interessi pubblici connessi, perché inerenti al medesimo bene della vita. Su questo filone aperto dalla Sezione sesta, si sono incardinati ulteriori orientamenti anche da parte del Consiglio di Giustizia Amministrativa, senonché ogni tanto qualche sentenza di giudici di primo grado torna sulla posizione più restrittiva. Questi motivi aggiunti, quelli con cui si impugnano gli atti, possono essere assunti in trattazione congiunta, secondo l'apprezzamento del giudice, ove vi siano ragioni di connessione, dovendosi, in tal caso – è questo il passaggio interessante – ritenere adottato un tacito provvedimento giudiziale di riunione dei ricorsi distinti, come se, sostanzialmente, l'esigenza di concentrazione processuale si intendesse raggiunta con gli strumenti antichi, cioè attraverso la <<riunione>> (questa volta, la riunione sarebbe implicita da parte del giudice). Si sono, poi, ulteriormente divaricate le posizioni. Per alcune sentenze l'estensione della parte resistente può essere ammessa, quando si tratti di introdurre nuovi controinteressati che prima non c'erano, non anche nuove amministrazioni resistenti. Nel dubbio, l'esperienza pratica dell'avvocato induce a non commettere errori e, in questi casi, a proseguire attraverso un autonomo ricorso, quindi, in certa misura, penalizzando l'obiettivo di economia processuale che sta attorno all'istituto; da questo punto di vista, aggiunge F. Saitta, si poteva esplicitare un po' meglio il problema e porre qualche "paletto". Ciò induce a una conclusione sul taglio generale del codice, cioè se sia giusta la scelta di fare un codice a maglie larghe, tale da disinteressarsi di problematiche procedurali speciali. Sarà l'esperienza a dire se sia opportuno, in alcune ipotesi, spingersi proprio nella disciplina più minuta, ovvero se sia preferibile la scelta del <<codice leggero>>, che certamente non tarpa le ali alla creatività del giudice, ma forse gli attribuisce troppi poteri su cose sulle quali sarebbe meglio evitare le incertezze dell'elaborazione giurisprudenziale.

o o o o o o o o o o

(A cura di **Leonardina Casoli**)

La **Prof.ssa Chiara Cacciavillani**, interviene sulle <<parti processuali>>, tema che gli autori del codice hanno affrontato in modo discontinuo, tuttavia offrendo numerose suggestioni. Le norme sulle parti, almeno sotto il profilo soggettivo del processo, sono contenute in tutti i libri. L'art. 26 è la prima norma che se ne occupa e lo fa del tutto tautologicamente, disponendo che sono parti coloro che si sono messe addosso il "vestitino di parti". Una suggestione particolarmente interessante sul piano della teoria generale del processo è contenuta, invece, nell'art. 35, in cui è previsto che, se il giudizio non è stato promosso contro alcuna delle

parti nei cui confronti la sentenza deve essere pronunciata, queste possono intervenire, acquistando la qualità di parti. Un tale criterio (soggettivo), consistente nell'identificazione della possibile parte con riferimento ai soggetti nei cui confronti la sentenza deve essere pronunciata, costituisce un criterio interessante e innovativo. Peraltro, rileva Cacciavillani, sarebbe riduttivo fare riferimento unicamente all'effetto costitutivo della sentenza, essendo necessario guardare a quello che è l'effetto conformativo e ripristinatorio, o comunque a tutti gli effetti della sentenza che siano ulteriori rispetto a quello puramente costitutivo. In tale prospettiva, occorre rilevare che, come l'esperienza quotidiana dimostra, è possibile trovarsi di fronte a sentenze tali da esplicitare i propri effetti nei confronti di una pluralità di soggetti, soprattutto per ciò che concerne il contenuto conformativo della sentenza. A tutti questi soggetti può essere riconosciuta la qualità di parte del processo. Si tratta di una prospettiva processuale che sembra richiamare l'idea dell'operazione amministrativa, propugnata dal D'Orsogna nell'ambito del diritto sostanziale.

A parere di Cacciavillani, possono, dunque, diventare parti “*senza pregiudizio del diritto di difesa*” (ovvero, con tutti i poteri delle parti principali) tutti coloro nei cui confronti la sentenza deve essere pronunciata, ossia tutti coloro nei cui confronti la sentenza produrrà effetti giuridici. Certamente, ciò è in contrasto con la previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 35 che, in tema di intervento *ad adiuvandum* principale, prevede che esso sia consentito solo accettando lo stato e il grado in cui il giudizio si trova. Invero, affermare che l'interveniente debba sottostare a tutte le preclusioni ormai maturatesi nel grado e nello stato in cui la causa si trova, non è del tutto coerente, soprattutto laddove si tratti di un intervento *ad adiuvandum* di parte principale, ossia di parte che non è ancora decaduta dall'esercizio della relativa azione.

Figurano, poi – osserva Cacciavillani – altre norme suggestive, in particolare l'art. 60, concernente l'integrazione del contraddittorio che, come già rilevato dal Villata, è norma del tutto criticabile. Come si può immaginare che il giudice sia esonerato dall'onere di disporre l'integrazione del contraddittorio, laddove ritenga che il ricorso sia manifestamente irricevibile? Anche l'inammissibilità dovrebbe essere interpretata in modo assolutamente restrittivo. Soprattutto per ciò che concerne l'infondatezza; tuttavia, esonerare il giudice dall'obbligo di disporre l'integrazione del contraddittorio, non solo risulta essere in contrasto con l'effettività del principio del contraddittorio, ma, come affermato dalla Corte europea, anche con i principi sul giusto processo. In definitiva, tali norme contrastano con le disposizioni della Carta europea dei diritti dell'uomo. Ne consegue che, se il giudice dovesse applicare la norma, lo sbocco naturale della vicenda sarebbe il giudizio della Corte europea dei diritti.

Il diritto al giusto processo è connotato dal contraddittorio e, pertanto, la parte pretermessa potrebbe, in ogni caso, rivolgersi alla Corte europea per ottenere il ristoro del suo diritto lesa. A tal riguardo, sottolinea che sono intervenute molteplici pronunce della Corte europea che hanno disposto la condanna al risarcimento del danno, come, ad esempio, è successo nel Regno Unito.

o o o o o o o o

**(A cura di Lucia Murgolo)**

Il **dott. Giuseppe Caruso**, consigliere del T.A.R. di Reggio Calabria, pone l'attenzione su una norma già oggetto di osservazioni critiche da parte di Villata e di Cacciavillani, quella sulla manifesta irricevibilità, o inammissibilità o infondatezza, pronunciata in difetto del contraddittorio. Caruso illustra il punto di vista di chi ha emanato pronunce in senso contrario, ritenendo quel percorso foriero di gravi violazioni di principio. In ragione di ciò, lo stesso magistrato interveniente, in sede di commissione per la preparazione del progetto del codice, ha manifestato aperto dissenso. Tuttavia, aggiunge Caruso, è vero che il giudice che ordina l'integrazione del contraddittorio, in qualche modo, dà un affidamento alla parte. Se il giudice ritiene *prima facie* che il ricorso sia manifestamente viziato per difetto di giurisdizione o per altri e diversi motivi, non ordina alla parte l'integrazione del contraddittorio, perché la misura, in qualche modo, sottende un'intenzione di pronunciarsi nel merito. L'imbarazzo del giudice sarebbe notevole se questi, dopo aver disposto l'integrazione del contraddittorio, dovesse pronunciare poi il difetto di giurisdizione. Caruso rileva che proprio la presenza dell'avverbio "manifestamente" dovrebbe mettere al riparo da ciò che paventa Villata. Il problema è come sempre di geografia: la coperta è corta, conviene tirarla a destra o a sinistra? La commissione ha ritenuto di tirarla da un lato e inevitabilmente qualche parte si scopre.

o o o o o o o o

**(A cura di Lucia Murgolo)**

Il **dott. Giuseppe Grasso**, Consigliere della Corte dei Conti, richiama l'attenzione su un aspetto particolare e poco considerato del processo amministrativo, che riguarda un articolo della legge T.A.R., l'art. 4 che, in qualche commentario del processo amministrativo, è stato ritenuto addirittura norma inutile. La questione – che non risulta molto trattata – si riferisce a una giurisdizione residuale del giudice amministrativo, per materie non attribuite all'a.g.o. o ad altra giurisdizione, in cui si tratti di annullare un atto della p.a. In una risalente pubblicazione del 1972, un

insigne giurista venuto a mancare qualche anno fa, il Prof. Eugenio Cannada Bartoli, scrisse che l'art. 4 meriterebbe di essere riscoperto come pietra angolare dell'art. 113, terzo comma, della Costituzione, a tenore del quale il giudice deve annullare l'atto illegittimo della p.a. (qualsiasi atto), di guisa che il cittadino abbia sempre diritto, se ricorrono i presupposti, di ottenere l'annullamento e, rivolgendosi al g.a., possa sempre sperare di ottenere tutela soddisfattiva. Grasso si chiede cosa debba intendersi per tutela soddisfattiva. Un cittadino può chiedere il mero annullamento dell'atto, talché non è necessario un diritto al risarcimento, quando l'annullamento è di per sé sufficiente. Ad esempio, sulla problematica della revoca dei contributi finanziari, vi è un orientamento granitico delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, avallato dal Consiglio di Stato, secondo il quale l'atto di revoca del contributo finanziario, essendo atto vincolato, inerisce a un diritto soggettivo e, pertanto, la giurisdizione appartiene al giudice ordinario. Se il ragionamento della Cassazione fosse giusto e corretto, esso potrebbe estendersi a tutto, persino alla giurisdizione tributaria, che è giurisdizione su diritti soggettivi. Seguendo un percorso logico paradossale, ci sarebbe da porsi il problema se chiedere al g.o. anche l'annullamento di un atto di accertamento tributario. Vi è da chiedersi, aggiunge Grasso, a cosa serva la declaratoria di annullamento. Se per la Cassazione, la giurisdizione appartiene al g.o., il cittadino si rivolgerà sempre a quel giudice per chiedere la tutela di un diritto soggettivo, secondo quanto previsto dall'art. 113, primo comma, della Costituzione. La problematica investe anche la Corte dei conti per la materia pensionistica, dove pure si distingue tra atto paritetico e non paritetico. Qui, la giurisprudenza non è del tutto univoca e, su certi aspetti, neanche la dottrina. Ma chi è il giudice dell'annullamento? Una risposta sembra darla proprio l'art. 4.

Senonché, il nuovo codice processuale amministrativo non riproduce la normativa dell'art. 4 della legge T.A.R., e – in proposito – non dice nulla di alternativo. Anzi, nelle disposizioni finali, abroga l'art. 4, come norma inutile. La domanda che Grasso, dunque, pone è la seguente: se nella delega vi è una norma di attuazione dell'art. 113 Cost., la delega è davvero rispettata o no? Grasso ritiene che non si tratti di ragionamenti peregrini. La Corte costituzionale, in svariate sentenze (nn. 140/2001, 165/2001, 275/2001, 170/2007) ha detto che la tutela dei diritti soggettivi può essere attribuita dal legislatore al giudice amministrativo. L'art. 4 rispondeva all'esigenza di consentire l'annullamento di atti aventi per oggetto diritti soggettivi. La questione si complica sol che si consideri come la Corte europea abbia ritenuto in un caso (Putas contro Svezia, 1987), citato anche da Cacciavillani, che un atto di concessione – che in Italia incide su posizioni d'interesse legittimo – sia equiparabile ad un atto di gestione del diritto di proprietà: per la Corte europea dei diritti, l'interesse legittimo, nella concessione amministrativa, è omologo al diritto di proprietà. Se così

è, tutto torna nell'alveo della giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa non avrebbe ragione di essere.

o o o o o o o o

Il **Prof. Giuseppe Tropea** fa riferimento a una norma particolare del codice, quella dell'art. 53, recante la disciplina del ricorso incidentale e della domanda riconvenzionale, tema apparso anche nelle relazioni di Romano Tassone e di Villata. Romano, nell'indicarci come il codice possa essere visto in una duplice ottica, quella rivolta al passato (del giudizio tradizionale sulla legittimità dell'atto) e quella innovativa (del cosiddetto <<rito di spettanza>>), ci ha riportato alcune considerazioni in merito all'art. 53, ad esempio, sui termini collegati a quelli delle rispettive azioni e sul mancato richiamo delle eccezioni in senso stretto, questioni che intersecano anche l'irrisolto problema della natura giuridica del rimedio. L'art. 53, per un verso, riprende disposizioni la cui lettura non è pacifica in dottrina e in giurisprudenza, per altro verso, chiarisce e risolve alcune questioni. Si pensi al tema della natura giuridica, ma anche a quello del ricorso principale e incidentale, sul quale almeno direttamente esso non prende posizioni. Lasciando all'interprete il suo compito – non avendo nessuno la pretesa illuministica di varare un codice che esaurisca l'opera interpretativa, almeno quella del g.a. che, storicamente, si è radicata in una maniera così rilevante – vale la pena di riportare alcune novità. Quanto ai termini, Romano Tassone ha già evidenziato che essi si collegano al riferimento delle azioni esperibili. Tropea ritiene la cosa molto interessante, perché collegata a un problema generale, che è quello delle azioni esperibili attraverso il ricorso incidentale. Da questo punto di vista, per esempio, con riferimento alla domanda riconvenzionale, si risolve la *querelle* giurisprudenziale delle modalità di proposizione della domanda riconvenzionale, appunto nella forma del ricorso incidentale. Ma, non si risolve il problema dei termini di proposizione della domanda, che non possono essere i termini dell'azione di annullamento, ovviamente. Restando in tema di termini, Tropea ritiene risolto un problema: il principio del contraddittorio e della parità delle parti, nel rito accelerato, rispetto al quale una sentenza del Consiglio di Stato del 2007 (estensore Lipari) di fatto prende questo termine per il combinato disposto del doppio termine della decorrenza nel ricorso incidentale. Era, infatti, nel vecchio articolo 37 e, di fatto, si riduceva a 45 gg., perché si applicava la dimidiazione sui termini del deposito del ricorso. Orbene, il problema è risolto finalmente, perché l'art. 57, co. 1, individua un unico termine di decorrenza dalla ricevuta notificazione del ricorso principale. Tropea esprime apprezzamento in proposito. Sia l'art. 129 che l'art. 130 del progetto, per quanto riguarda il rito in materia di appalti di lavori, servizi e forniture, se

pure nel suo essere accelerato com'è stato detto, parifica i termini in linea con la disposizione di cui al primo comma dell'art. 53 e non si è posto rimedio su una questione che non è spesso affrontata in realtà, quello dei diversi termini di decorrenza tra il ricorso principale e il ricorso incidentale perché, nel ricorso incidentale, ricorre dalla ricevuta notificazione del ricorso principale e non dalla conoscenza dell'atto. Da questo punto di vista, Tropea condivide il rilievo di Saitta, sulla necessità di dare al ricorrente incidentale quanto meno la possibilità dei motivi aggiunti. Se c'era qualche dubbio nella giurisprudenza precedente, occorre specificare che il ricorrente incidentale deve avere una compensazione per eventuali ricorsi "al buio", con la possibilità dei motivi aggiunti. Quanto al tema della legittimazione passiva, sul quale si è soffermato anche Villata, Tropea osserva che qualcosa è cambiato tra la prima e la seconda bozza del codice, ma è ben poca cosa, perché prima si mettevano insieme le due ipotesi del domicilio eletto e del domicilio reale, ora si distingue – com'è più naturale – a seconda dell'avvenuta costituzione o meno.

Tropea ritiene molto innovativa la disposizione in tema di competenza territoriale, punto sul quale non c'è sempre stata concordia in dottrina. In una monografia di Stella Richter, si diceva che, in virtù del carattere accessorio del ricorso incidentale, è privilegiata la competenza del T.A.R. adito con ricorso principale. Il codice, invece, va in una direzione diversa, che sembra prendere spunto dalle riflessioni del Presidente Baccharini, svolte in un articolo di qualche anno fa. Ovviamente, la norma in materia di competenza implica – anche se non c'è scritto – la risoluzione di un problema, sul quale la giurisprudenza è pacifica, quello dell'impugnabilità di atti diversi con il ricorso incidentale. Permane, a parere di Tropea, un problema per il rapporto con il potere di disapplicazione da parte del g.a. dei regolamenti. Che si possa conciliare con la possibilità di esperire il ricorso incidentale è dubbio. La questione resta aperta.

In conclusione, Tropea osserva che vi sono questioni che la bozza di codice non prende neppure in considerazione, come il tema dei rapporti con il ricorso incidentale. La giurisprudenza si è assestata (dopo la Plenaria n. 11 del 2009, estensore Romeo), in una posizione che prende in esame, in termini problematici, la questione dell'interesse strumentale a ricorrere. La sentenza citata sembrerebbe – ma in modo non argomentato – voler criticare la presa di posizione e, non a caso, una più recente sentenza esclude la possibilità che la p.a. esperisca ricorso incidentale, ma, sul punto, tutti sanno come l'interpretazione è quella volta a limitarla nei casi di provvedimenti diversi. È ovvio che una lettura nell'ottica del diritto sul rapporto giungerebbe ad approdi diversi, ma non è quello che viene fuori dall'articolato. Nel nuovo codice, a parere di Tropea, non c'è un giudizio sul rapporto. Neppure l'art. 21 *octies* della legge n. 241/90 introduce un giudizio sul rapporto. La "non-pregiudiziale" non è un giudizio sul

rapporto, la preclusione del dedotto e deducibile non è giudizio sul rapporto. Se così è, conclude Tropea, si aprono margini per la facoltà, anzi, per l'onere dell'amministrazione di proporre ricorso incidentale, almeno quando non può intervenire in autotutela.

o o o o o o o o

Il **Presidente, dott. Italo Vitellio**, Presidente del TAR Reggio Calabria, evidenzia che il nuovo codice raccoglie varie disposizioni già contenute in diverse leggi amministrative e osserva che la nuova disciplina del processo amministrativo dà vita a una giurisdizione amministrativa idonea a garantire un controllo pieno sulla situazione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo, spingendosi ben oltre il tradizionale intervento demolitorio o annullatorio del provvedimento amministrativo. In definitiva, accade che, davanti al giudice amministrativo, l'interesse legittimo goda della stessa tutela approntata, davanti al giudice ordinario, per il diritto soggettivo. È sufficiente considerare l'introduzione delle molteplici azioni nel nuovo codice: azioni di accertamento, di adempimento, di condanna; tutte azioni che, fino a qualche tempo fa, era impensabile che potessero essere proposte dinanzi al giudice amministrativo. È noto che, dall'emanazione della famosa sentenza n. 500 del 1999 pronunciata dalla Corte di Cassazione in tema di risarcimento del danno per lesione di interesse legittimo, si è discusso lungamente a proposito delle modalità attraverso cui potesse essere garantita la tutela risarcitoria, indipendentemente dall'annullamento dell'atto. In altri termini, sin da subito, si è posto il problema della cosiddetta "pregiudizialità amministrativa". Con la norma introdotta nella bozza del codice, in effetti, si è tentato di contemperare le due esigenze, quella della tutela e quella della certezza dei tempi, talché l'azione di condanna, nel codice, dev'essere proposta nel termine di 180 giorni dal momento in cui il provvedimento può essere impugnato. L'autonomia dell'azione risarcitoria è prevista, ma nel rispetto di un termine di decadenza, ben più ristretto del termine ordinario di prescrizione del diritto soggettivo di risarcimento del danno.

Ad avviso di Vitellio, ci sono altre novità nel codice. Così, in materia cautelare, per ciò che concerne la condanna alle spese, in base alla disciplina attualmente vigente la condanna in sede cautelare è meramente facoltativa, essendo possibile riservarla al merito, la disposizione della bozza del codice sembra introdurre un vero obbligo a disporre la condanna alle spese, anche in sede cautelare. Per i termini: mentre oggi è fissato un termine di 20 giorni per il deposito delle memorie, il codice prevede un'anticipazione, disponendo il termine di 30 giorni sia per il deposito di documenti che di memorie, anche se poi si specifica che le parti possono scegliere di discutere le questioni solo oralmente.

A parere di Vitellio, l'istituto che maggiormente desta perplessità è quello, inserito – a seguito di un intervento comunitario – nel codice dei contratti pubblici, concernente la tutela cautelare *ante causam*. La norma, come congegnata, impone che l'istanza sia notificata alla controparte. La previa notifica, tuttavia, stride con le esigenze di celerità e di eccezionale urgenza. La previa notifica per il deposito dell'istanza è un adempimento che dovrebbe essere superato proprio in ragione dell'eccezionale urgenza posta a fondamento della richiesta della misura cautelare. A ben guardare, la misura *de qua* pare strutturata sulla falsariga dell'art. 700 del c.p.c., a norma del quale non è affatto richiesta la notifica dell'istanza, ma unicamente il deposito. Il giudice adito, in tal caso, dispone la sospensione, ordinando la comparizione delle parti; ovvero, ordina la comparizione delle parti alle quali si notifica il provvedimento; in altri termini, in nessun caso è imposta la previa notifica. Quanto rilevato, a parere di Vitellio, mostra palesemente che la disposizione annotata risulti in contrasto con la stessa esigenza di celerità del procedimento cautelare. Peraltro, occorre rilevare che la disposizione impone che la notifica sia effettuata entro 5 giorni, prevedendo altresì che essa perda efficacia entro 15 giorni, nel caso in cui non venga promosso il giudizio con un normale ricorso. In ogni caso, la misura non avrà un'efficacia superiore a 30 giorni, nel caso in cui non dovesse essere confermata.

Sempre con riferimento alla tutela cautelare, Vitellio sottolinea che, mentre per la presentazione del ricorso introduttivo è previsto il rispetto dei requisiti prescritti dalla disciplina oggi vigente, anche al fine di evitare, ad esempio, di incorrere nella sanzione della nullità per mancata indicazione della parte, per la presentazione dell'istanza cautelare, invece, non si prescrive alcuna sanzione. V'è da interrogarsi, allora, circa le modalità attraverso cui debba essere redatta l'istanza affinché possa essere presa in esame dal giudice amministrativo.

o o o o o o o o

**(A cura di Lucia Murgolo)**

L'intervento del **Prof. Guido Corso** viene dallo stesso qualificato come brevi annotazioni o spigolature.

L'art. 51 prevede la notifica del ricorso all'amministrazione che ha emanato l'atto e ad almeno uno dei controinteressati, individuati nell'atto stesso. Com'è evidente, si tratta di una formula non propria: sarebbe stato meglio, osserva Corso, fare riferimento *tout court* al "controinteressato", nozione già collaudata in giurisprudenza e tale da includere anche i soggetti che, pur se non indicati nell'atto, sono da intendersi, dal punto di vista sostanziale, come soggetti controinteressati.

I problemi posti dall'art. 60 sono già stati rilevati da parte di Villata, Cacciavillani e Caruso. Tuttavia, occorre chiarire quali siano i pregiudizi e quali i vantaggi sottesi a tale disposizione. In effetti, il ricorso dichiarato inammissibile, irricevibile o infondato, senza l'integrazione previa del contraddittorio, non nuoce certamente a coloro che, pur non avendo ricevuto la notifica o l'integrazione del contraddittorio, comunque beneficiano d'un rigetto o di una declaratoria d'inammissibilità o irricevibilità del ricorso. Il problema si pone piuttosto in sede d'appello e, sotto quest'aspetto, Villata ha accennato all'*ubi consistam* del problema: se l'appellante soccombente in primo grado dovesse ottenere un ribaltamento del risultato, i controinteressati non intimati in primo grado verrebbero a fruire di un solo grado del giudizio. Ciò senza dire che, dal punto di vista dell'ordinato svolgimento della sequenza processuale, l'esame giudiziale dell'accertamento dell'integrità del contraddittorio deve necessariamente precedere la valutazione di merito.

L'art. 67 stabilisce che l'ordinanza con cui è disposta la misura cautelare fissa la data di discussione del ricorso nel merito entro un anno. Si tratta della formalizzazione della risalente prassi in base alla quale il ricorso in cui sia stata accolta la misura cautelare ha la precedenza nella trattazione. Si tratta, ad avviso di Corso, di un vecchio e ingiustificato *favor* attribuito all'amministrazione, poiché non è dato comprendere la ragione per la quale, in caso di accoglimento della misura cautelare, la trattazione nel merito debba precedere l'ipotesi opposta del rigetto della domanda stessa.

L'art. 71, in tema di definizione del giudizio nel merito in esito all'udienza cautelare, dispone che "*Il collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio nel merito con sentenza in forma semplificata, salvo che una delle parti chieda l'assegnazione di un termine per proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di giurisdizione o di competenza*". Probabilmente – rileva Corso – la norma, nella sua pratica applicazione, non darà luogo ad alcun inconveniente, sempre che la valutazione della completezza dell'istruttoria consegua all'audizione delle parti costituite, le quali potrebbero, per esempio, segnalare omissioni o insufficienze istruttorie, tali da richiedere un intervento preclusivo di una definizione del giudizio in sede camerale.

Per ciò che concerne la proposizione dell'appello cautelare, il termine è ridotto a 60 giorni dalla pubblicazione, ovvero a 30 dalla notifica. Secondo Corso, va rilevato che, inopinatamente, è stato introdotto, per il deposito, un termine lungo di 30 giorni che mal si concilia con la riduzione drastica dei termini per la proposizione dell'appello.

L'art. 83 – osserva Corso – sembra davvero uno dei più pregevoli all'interno di questa parte del codice, poiché dà piena attuazione, sia nel

primo, sia nel terzo comma, ai principi in tema di giusto processo. La previsione di un doppio termine per la proposizione delle memorie e delle repliche che riprende la vecchia previsione del c.p.c. sulle comparse conclusionali e sulle repliche si risolve, indubbiamente, in un incremento notevole della garanzia del contraddittorio, anche perché la disciplina attuale, in concreto, nega al ricorrente la possibilità di difendersi dalle memorie presentate dall'amministrazione; invero, queste ultime devono essere depositate nello stesso termine in cui il ricorrente deposita le proprie memorie. Per ciò che concerne l'ultimo comma – quello che formalizza il principio (invero enunciato da una pronuncia dell'Adunanza Plenaria di qualche anno fa) in base al quale, se il giudice ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, la indica in udienza, dandone atto a verbale – va rilevato che si tratta di un'applicazione piena del principio del contraddittorio e, quindi, del principio del giusto processo, di cui all'art. 111 della Costituzione. Tale disposizione, infatti, libera le parti dalla sorpresa di una sentenza di irricevibilità, di difetto di giurisdizione o di inammissibilità che nessuna delle parti aveva previsto e discusso.

o o o o o o o o

**(A cura di Lucia Murgolo)**

Il **Prof. Enrico Follieri**, evidenzia che il dibattito si è svolto, sostanzialmente, su due piani: come discorso di carattere generale sul tipo di processo e come analisi delle singole disposizioni del libro II. Invero, potrebbero essere svolte utili considerazioni in relazione ad entrambi i piani d'indagine. Effettuando una scelta di campo, Follieri si sofferma sul tema del modello di processo amministrativo risultato dal progetto di codice, osservando che la scelta della Commissione è stata quella dell'azione di impugnazione poiché se fosse stato scelto un altro modello, il giudice amministrativo avrebbe negato la specificità del suo giudizio. Certamente, il problema dell'azione di merito o di spettanza non è di poco momento, dato che nel processo amministrativo vi sono ampie materie di giurisdizione esclusiva dove si pongono questioni di diritto soggettivo e, quindi, di spettanza, ma la situazione giuridica base rimane pur sempre l'interesse legittimo, per cui le azioni di spettanza devono convivere in qualche modo, come rilevato da Romano Tassone, con lo schema processuale dell'annullamento. A tal proposito, Follieri rimarca che il codice dice poco o nulla sulla diversità dei termini per la tutela dei diritti soggettivi in materia di giurisdizione esclusiva, sui quali vi sono, peraltro, risalenti pronunce dell'Adunanza Plenaria che rilevano, tanto per i diritti soggettivi patrimoniali che per i diritti soggettivi non patrimoniali, perché per essi vale un termine di prescrizione e non di decadenza.

Sulla scorta di tali considerazioni, tuttavia, Follieri evidenzia che il processo amministrativo, oltre che fornire adeguata tutela alla situazione giuridica soggettiva del ricorrente (interesse legittimo) deve considerare anche l'altro "corno" del rapporto, ossia il potere amministrativo. Il potere e le distinzioni che in relazione ad esso possono essere operate è il grande assente nei nostri discorsi. In particolare, oltre alle differenze tra potere discrezionale e vincolato, potere d'indirizzo e di gestione, va considerata la distinzione tra potere di trasformazione e di conservazione. Il potere di conservazione (che si estrinseca nell'atto negativo ovvero nel silenzio) riceve maggiore protezione nell'ordinamento giuridico, soprattutto in passato quando il processo amministrativo non conosceva l'azione di adempimento, ora introdotta, e gli incisivi (ma spuntati contro il potere discrezionale) rimedi contro l'inerzia. V'è da interrogarsi sul rilievo che la distinzione tra potere di trasformazione e di conservazione ha rivestito in passato e riveste oggi, soprattutto con riferimento alla prevista introduzione dell'azione di adempimento.

L'analisi delle due menzionate tipologie di poteri conduce a una rilevante conclusione: è ravvisabile quasi una coincidenza tra la struttura dell'interesse legittimo e quella della situazione giuridica soggettiva del potere amministrativo. Quest'ultimo, infatti, è caratterizzato, com'è noto, dalla presenza in esso dell'interesse al bene della vita, che non riceve una tutela diretta. Anche il potere amministrativo è una situazione giuridica soggettiva che non garantisce all'Amministrazione il raggiungimento dell'interesse per il quale agisce, dato che la p.a. deve concretizzare l'interesse che persegue attraverso il procedimento e la partecipazione. Non è possibile conoscere a fondo il processo amministrativo ispirato al modello di annullamento, se non ci si sforza di considerare l'esercizio del potere. Orbene, nel progetto del codice non v'è traccia del potere amministrativo, né delle diverse tipologie di esso, forse perché gli studi sul tema del potere di trasformazione e di conservazione (sul quale da alcuni anni si incentra la ricerca di Follieri che vi dedica anche dei corsi monografici presso l'Università di Foggia) sono ancora a uno stadio iniziale.

Per quanto concerne la misura cautelare, Follieri rileva una grande "assenza" in questa disciplina, considerato il venir meno della strumentalità strutturale e, a volte, funzionale della "sospensiva" con la sentenza. Nel processo civile, il problema è stato risolto in maniera molto semplice: si è stabilito che, in certi casi, la soluzione che deriva dal provvedimento cautelare, senza andare alla decisione nel merito, possa essere soddisfattiva del diritto delle parti. Nel processo amministrativo, ciò avviene in numerosissimi casi; per esempio, quando il giudice dispone il riesame del provvedimento, quando si ammette con riserva agli esami di maturità, negli esami di abilitazione professionale. In queste ipotesi, la misura cautelare



avvocati. Ciò, tuttavia, rappresenta anche il limite nel risultato dei lavori, com'è dimostrato dal fatto che si è assistito frequentemente a vere e proprie contrapposizioni tra membri togati e non. Com'è stato detto anche da Villata, ci sono state resistenze notevoli, soprattutto quando si andava a prevedere nelle norme un "lavoro in più" per i magistrati. Un esempio tra tutti: il giudice delegato. Una parte della Commissione chiedeva un'udienza istruttoria, un'unica udienza in più. Si è risposto che magistrati e segreterie, in tal modo, avrebbero raddoppiato le udienze e, in definitiva, il carico di lavoro. Si è pensato, allora, di chiedere un giudice istruttore, ma anche questo non è stato possibile; è stata inventata, allora, la figura del giudice delegato dal Presidente. Anche questa proposta, per il vero, è passata con difficoltà, anche perché alcuni Presidenti hanno sostenuto l'inutilità di tale introduzione considerato che, a fronte delle richieste del ricorrente, i Collegi rispondono prontamente. Ma, ciò non è sempre vero.

Anche sui mezzi istruttori, i magistrati erano orientati ad ampliarli soltanto per la giurisdizione esclusiva. L'ampliamento per tutti i tipi di giurisdizione e, in particolare, per la giurisdizione generale di legittimità è stata sì introdotta, ma solo per l'insistenza di coloro che ritenevano inaccettabile limitare i mezzi istruttori a quelli previsti dal vecchio art. 44.

Per ciò che riguarda il termine per il deposito del ricorso, su cui si è soffermato Villata, Scoca rileva che il ricorrente ha notizia dell'avvenuta notificazione al destinatario soltanto attraverso la cd. cartolina che arriva, in realtà, molti giorni dopo che la notificazione si è perfezionata. V'è da interrogarsi sul significato dell'ampliamento del termine per il deposito del ricorso, dato che esso non comporta alcuna lesione della posizione del controinteressato o dell'amministrazione.

Si è posta la questione del rispetto degli orientamenti dell'Adunanza Plenaria, in ragione del carattere nomofilattico delle pronunce della stessa. In particolare, si è chiesto che le singole Sezioni del Consiglio di Stato, quando intendono andare in difformità ai principi espressi dall'Adunanza Plenaria – similmente a ciò che accade per la Cassazione – reinvestano la Plenaria. Purtroppo, la proposta non è passata perché si è ritenuto che ogni Sezione debba rimanere sovrana.

Altro caso eclatante in cui i contrasti hanno condotto a una soluzione di compromesso riguarda il problema della pregiudizialità amministrativa. L'idea che l'azione autonoma di responsabilità debba essere soggetta a un termine di prescrizione o decadenza di 180 giorni, per Scoca, non ha molto senso. È davvero possibile che, nel tempo che decorre tra i 60 giorni e i 180 giorni, si possa effettuare questo cambiamento di impostazione della tutela generale del ricorrente? Invero, stabilire un termine di 180 giorni significa mantenere in piedi la pregiudizialità amministrativa perché nessun avvocato si può permettere di far scadere il termine di 60 giorni, per poi chiedere solo il risarcimento del danno.

L'altro elemento da porre in rilievo, ad avviso di Scoca, è che i lavori della Commissione sono stati caratterizzati da una certa fretta e proprio questo elemento spiega molte delle incompletezze e la poca chiarezza delle soluzioni che sono state adottate. Si è lavorato quasi sempre in sotto-commissioni per cui i gruppi di lavoro non conoscevano bene quello che facevano gli altri gruppi di lavoro. Il raccordo finale è stato fatto da un piccolo gruppo che, ovviamente, ha lavorato intensamente, ma non poteva compiere un coordinamento completo e approfondito. Questo spiega perché, effettivamente, come rilevato da Romano Tassone, non c'è un modello preciso del processo amministrativo.

In alcune osservazioni critiche, Scoca chiede se il principio della concentrazione della tutela consenta ancora oggi che le questioni di stato e di capacità e le questioni di falso debbano far interrompere il processo amministrativo e debbano essere portate davanti al giudice ordinario (che naturalmente ha tre gradi per pronunciarsi su queste cose). Sarebbe opportuno lasciare la soluzione di queste cose al giudice amministrativo. Ancora, il problema dell'onere della prova: c'è una certa insicurezza nella disciplina della prova perché, da un lato, si afferma genericamente il valore del principio dell'onere della prova, dall'altro, si consente al giudice di intervenire d'ufficio e senza istanza di parte nell'acquisizione della prova. A parere di Scoca, le due cose sono in contraddizione: o si riafferma la regola dell'onere del principio di prova e allora è evidente che il giudice debba avere poteri istruttori, o viceversa si afferma il principio dell'onere della prova (su cui Scoca è orientato) e allora il giudice può avere poteri di ufficio, ma solo se richiesto dalle parti. Anche perché ciò corrisponde al modello del processo di parti.

Ricollegandosi a quanto rilevato da N. Saitta, Scoca sottolinea che sono stati stabiliti termini per la costituzione dei controinteressati e dell'amministrazione, ma non è prevista alcuna sanzione. Ne consegue che l'aver previsto la memoria e poi la replica, cosa in sé assai positiva, non risolve il problema perché, se si consente che l'amministrazione si presenti all'ultimo momento, depositi la replica e chiedi la discussione, è evidente che non v'è possibilità di un contraddittorio effettivo. Anche tale criticità è stata rilevata in sede di commissione, ma si è ribattuto che l'amministrazione non ha mai i tempi necessari per costituirsi. A ben guardare, si sarebbe potuto fissare un termine per la presentazione di memorie e documenti.

Un altro tema su cui bisogna riflettere attentamente, a parere di Scoca, è quello delle azioni. Le azioni sono numerosissime, quasi eccessive, si sovrappongono le une con le altre, impedendo una netta definizione del rapporto tra esse. Scoca si chiede se vi sia ancora spazio per la giurisdizione esclusiva. Anche in riferimento a quanto detto da Follieri, generalizzandolo, pare possibile affermare che l'oggetto del giudizio

amministrativo non sia né l'interesse legittimo, né il diritto soggettivo, ma l'esercizio del potere amministrativo, ossia l'attività che l'amministrazione pone in essere. Occorre chiedersi, anche con riferimento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 204/04, se convenga ancora mantenere la giurisdizione esclusiva, quando la disciplina processuale del giudizio di legittimità si sia andata allargando in tal modo.

Un elemento su cui Scoca ha manifestato disaccordo, in sede di redazione del progetto di codice, è l'elencazione dei casi di giurisdizione estesa al merito. A ben guardare, non si tratta quasi mai – in disparte il giudizio di ottemperanza – di giudizi su interessi legittimi e si tratta, invece, di processi su diritti soggettivi. A partire dal 1949, per effetto dell'orientamento della Cassazione, la dottrina ha fondato la formula del criterio di riparto della giurisdizione esclusivamente sul potere, distinguendo tra carenza di potere e illegittimo esercizio di esso. Anche questa proposta non è passata, per le resistenze di tutti coloro che, in quanto legati alla tradizione e all'art. 103 della Costituzione, hanno ritenuto che non si potesse estraniare dal criterio del riparto di giurisdizione il riferimento alla situazione giuridica soggettiva.

Scoca conclude il proprio intervento, sottolineando l'utilità di tali incontri che consentono, anche a coloro che hanno preso parte ai lavori di redazione del progetto di codice, di riflettere, dato che v'è sempre tempo e modo per migliorare le cose.