

## Dallo “sblocca Italia” al “blocca TAR”: meno tutele, più sviluppo?

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le misure per sbloccare l’Italia. – 3. Lo “sblocca Italia” alla ricerca di certezze e stabilità. – 4. Il giudice della crisi economica. – 5. Lo “sblocca Italia” ed il sistema processuale amministrativo. – 6. La conversione del decreto legge e l’ambito applicativo della norma. – 7. Criticità dell’articolo 9, comma 2 *sexies*. – 8. La giurisdizione del giudice amministrativo è esclusiva ma è ancora piena? – 9. Prospettive di riforma e ruolo del giudice amministrativo.

### 1. Premessa.

Nell’agosto 2014 il Consiglio dei Ministri ha comunicato la approvazione del decreto legge denominato, sintomaticamente, “sblocca Italia<sup>1</sup>”, contenente misure urgenti per l’apertura dei cantieri, la realizzazione di opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l’emergenza del dissesto idrogeologico e la ripresa delle attività produttive.

Il titolo del decreto legge, evidentemente, risente della “fantasia” utilizzata dagli uffici stampa della Presidenza del Consiglio che negli ultimi Governi, a partire da quello Monti fino a quello Renzi, sia pure con tutte le significative diversità che hanno caratterizzato queste esperienze di governo, hanno cercato di rappresentare gli interventi legislativi con una visione “salvifica e provvidenziale” (salvataggio, rinascita, sblocco) per fare ripartire l’Italia e farla uscire da una pluriennale crisi economica<sup>2</sup>.

L’ultima tappa, nelle intenzioni del potere esecutivo, è principalmente rivolta al rilancio del sistema e della economia attraverso lo sblocco degli interventi infrastrutturali pubblici ed anche privati.

---

<sup>1</sup>Il riferimento è al decreto legge del 12 settembre 2014 n. 133, convertito con legge dell’11.11.2014 n. 164, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>2</sup> Per un recente contributo sulla “legislazione della crisi”, con riguardo anche alle problematiche legate alla giustizia amministrativa, si rinvia a G. Giovannini, *La legislazione della crisi e il ruolo del giudice amministrativo*, in *Giustizia amministrativa e crisi economica* (a cura di G. Pellegrino – A. Sterpa), Roma, 2014, pp. 31 ss. In particolare, secondo l’Autore, “*la crisi economica ha portato, a partire dalla fine del 2011, a una produzione legislativa particolarmente intesa, che ha toccato un po’ tutti i settori del nostro ordinamento: da quello fiscale, al previdenziale, al diritto del lavoro, allo stesso settore giuridico e così via. In particolare nel campo del diritto amministrativo il legislatore si è mosso nell’ottica, principalmente, di favorire il riavvio delle attività economiche e di attenuare il peso degli adempimenti burocratici sui singoli e sulle imprese*”, p. 31.

Prima di procedere oltre, si vuole delimitare quale sarà l'ambito di indagine del presente lavoro, evidenziandosi come non saranno esaminate analiticamente le norme contenute nello "sblocca Italia"<sup>3</sup>, volendosi, piuttosto, concentrare l'attenzione sull'articolo 9, comma 2 *sexies*<sup>4</sup> che, inserito in sede di conversione, si ritiene abbia previsto una significativa limitazione al potere decisionale del giudice amministrativo sia in materia di tutela cautelare sia in merito alla valutazione della efficacia dei contratti pubblici.

Lo "sblocca Italia", inoltre, sarà assunto come "pretesto" per riflettere su quale sia oggi il ruolo assunto dal giudice amministrativo nel delicato ed intricato rapporto che lega, con molteplici criticità, da un lato il principio di effettività e pienezza della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione e, dall'altro, la esigenza di salvaguardare l'interesse pubblico attraverso la celere esecuzione delle opere pubbliche, tenendo in particolare considerazione i poteri e gli strumenti che il codice del processo amministrativo ha voluto attribuire ai giudici.

La ragione per la quale lo "sblocca Italia" possa essere considerato il presupposto di tale ulteriore approfondimento si deve ricercare, come poc'anzi si è accennato, nella *ratio* stessa dell'intervento legislativo e, in particolare, nell'articolo 9 della legge che, "silenziosamente", si ritiene abbia inserito alcune disposizioni normative di natura processuale che incidono profondamente sul piano sistematico e che potrebbero condizionare, anche limitandolo, il potere decisionale del giudice amministrativo.

---

<sup>3</sup> Per una lettura "positiva" dell'intervento legislativo, seppure limitatamente alle misure per la semplificazione in materia edilizia si rinvia a: E. Boscolo, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall'art. 17 del decreto "sblocca Italia"*, in *Urb. App.*, 1, 2015, pp. 26 ss.; F. Liguori, *Lo "Sblocca Italia" sbloccherà la S.C.I.A.?*, in *www.giustamm.it*, 2014, che evidenzia la utilità dell'intervento legislativo in tema di semplificazione e di riduzione delle incertezze sull'ambito di operatività dell'istituto della autotutela con riferimento alla s.c.i.a.; P. Mantini, *Luci e ombre della semplificazione edilizia dopo il decreto Sblocca-Italia*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2014.

<sup>4</sup> L'articolo 9, comma 2 *sexies*, testualmente recita: "costituiscono esigenze imperative connesse a un interesse generale ai sensi dell'articolo 121, comma 2, del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, quelle funzionali alla tutela dell'incolumità pubblica. Nei casi di procedure ad evidenza pubblica avviate o da avviarsi, in quelli conseguenti alla redazione di verbale di somma urgenza per interventi conseguenti alla dichiarazione dello stato di emergenza, nonché nei casi di cui al comma 1 del presente articolo, il tribunale amministrativo regionale, nel valutare l'istanza cautelare, può accoglierla unicamente nel caso in cui i requisiti di estrema gravità e urgenza previsti dall'articolo 119, comma 4, del citato codice di cui all'allegato 1 al decreto legislativo n. 104 del 2010 siano ritenuti prevalenti rispetto alle esigenze di incolumità pubblica evidenziate dalla stazione appaltante. Nei casi di cui al presente comma, il tribunale amministrativo regionale fissa la data di discussione del merito del giudizio ai sensi del medesimo articolo 119, comma 3, del codice di cui all'allegato 1 al decreto legislativo n. 104 del 2010", in *www.iusexplorer.it*.

Una disposizione “blocca giudici”, come si approfondirà, che pone anche notevoli dubbi sulla compatibilità comunitaria<sup>5</sup> e costituzionale<sup>6</sup> della stessa riforma oltre che stridere con il sistema processuale amministrativo disegnato nel corso degli anni dal legislatore italiano; un sistema che, in particolare, sembra abbia attribuito ai giudici amministrativi un ruolo da protagonisti nel contemperare le (spesso contrapposte) esigenze, pubbliche e private<sup>7</sup>, in relazione ad una materia in cui l’intervento del giudice ha grandi ripercussioni nel sistema istituzionale, sociale ed economico<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> L’ordinamento comunitario ha identificato proprio nella misura cautelare uno strumento imprescindibile per assicurare una tutela effettiva per l’operatore economico prima che la violazione alla procedura di aggiudicazione possa produrre effetti irreversibili. Sul tema si rinvia a M. Protto, *L’effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, Milano, 1997, in cui l’Autore, tra l’altro, richiama numerose sentenze della Corte di giustizia delle Comunità Europee. In particolare, si segnalano le decisioni *Johnston* e *UNECTEF*, la prima del 15 maggio 1986 e la seconda del 15 ottobre 1987, come le prime pronunce con le quali il principio di effettività viene ricompreso definitivamente nel novero dei principi fondamentali del diritto comunitario. Per una esaustiva disamina, con ampio richiamo anche alla giurisprudenza della Corte di giustizia, sul tema della tutela cautelare quale “*uno dei settori processuali maggiormente influenzati dal diritto comunitario, sia per le novità direttamente apportate al nostro sistema sia per l’averne messo in luce i molti limiti attuali*”, si rinvia a M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, spec. pp. 671 ss.; ID, *L’effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 1998, pp. 499 ss..

<sup>6</sup> È opinione unanimemente diffusa che la tutela cautelare costituisca un principio di fondamentale importanza nel sistema complessivo del diritto processuale amministrativo poiché essa assume rilievo nell’assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso. La Corte costituzione è, nel tempo, autorevolmente intervenuta sottolineandone la rilevanza ed ampliando i poteri cautelari dei giudici ovvero dichiarando illegittimi i tentativi di limitarli. Sul tema si veda, tra le numerose pronunce, la sentenza Corte Costituzionale 1 febbraio 1982, n. 8, con nota di F. G. Scoca, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 1983, pp. 310 ss.. L’Autore, infatti, sottolinea come “*la tutela cautelare è nel processo amministrativo un complemento naturale della tutela cognitoria e costitutiva, a ragione del carattere esecutivo dei provvedimenti amministrativi impugnati; carattere che comporta come conseguenza normale, e non eccezionale come nel processo civile, che la res dedotta in giudizio non rimanga integra fino alla conclusione di esso*”, p. 318. Sul tema si rinvia anche a R. Villata, *La Corte costituzionale frena bruscamente la tendenza ad ampliare la tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 1991, pp. 794 ss. Si veda anche A. Travi, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimento e delle ammissioni della P.A.*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 1990, pp. 329 ss., il quale individua le tre ipotesi tipiche di tutela cautelare avverso provvedimenti negativi (diniego di rinnovo di concessione; diniego di dispensa dal servizio militare; esclusioni da concorsi, gare ed esami), essendo ciò necessario per rendere attuabile il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

<sup>7</sup> Al giudice amministrativo, in estrema sintesi e come si approfondirà, sono state affidate le chiavi della riuscita o meno della riforma voluta dal codice del processo amministrativo. La questione centrale, però, non è solo quella dell’ampliamento dei poteri cognitori e dei tipi di azioni, essendo piuttosto quella di chiarire il ruolo che *effettivamente* il giudice vorrà avere in tale processo ed il modo in cui sarà in grado di utilizzare i “nuovi” strumenti che gli sono messi a disposizione. È questa una esigenza di tutti, del Paese che chiede stabilità per l’attuazione delle riforme e dei cittadini che chiedono tutele effettive. Il legislatore italiano è stato “costretto” a mutare la pelle della struttura del processo amministrativo a seguito dei numerosi interventi legislativi del diritto europeo. La Costituzione, infatti, era già in vigore da quasi cinquant’anni ma gli articoli 24 e 103 della stessa sono rimasti strumento di dibattito dottrinale piuttosto che mezzo per la riforma effettiva del sistema. Il processo amministrativo italiano, quindi, ha dovuto cambiare perché è mutato il rapporto in ambito europeo e, per ricaduta, in ambito nazionale, tra cittadino e pubblica amministrazione, essendo esso

Il problema riguarda, quindi, il rapporto tra la efficacia e la pienezza della tutela e le esigenze di stabilità del sistema degli appalti, evitandosi, da un lato, che gli interventi giurisprudenziali possano paralizzare la realizzazione delle infrastrutture e, dall'altro, che la ricerca di stabilità del sistema non spinga al ribasso il livello di tutela dei privati anche attraverso una limitazione dei poteri cognitori e decisorii del giudice che condurrebbe ad un inauspicato ritorno al passato<sup>9</sup>.

In tale complicato panorama il ruolo del giudice<sup>10</sup> dovrebbe essere quello di attore protagonista nel bilanciare, con saggezza, entrambe le esigenze ed usufruendo a tale fine dell'ampliamento dei propri poteri decisorii e della diversificazione dei contenuti delle pronunce giudiziali, soprattutto in considerazione delle rilevanti modifiche apportate al sistema processuale con il D.L. 24 giugno 2014 n. 90, convertito, con modificazioni, in L. 11 agosto 2014 n. 114<sup>11</sup>.

---

molto più vicino ai principi di natura privatistica portati dalla *societas mercatorum*. Per un approfondimento si rinvia a S. Agrifoglio, *La riforma del processo amministrativo tra diritto europeo e costituzione: un doppio tradimento*, in *La riforma della giustizia amministrativa in Italia ed in Spagna*, Torino, 2002, p. 241.

<sup>8</sup> Si richiama in termini P. de Lise, *Relazione sull'attività della Giustizia amministrativa*, 2011, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in cui l'Autore, ai tempi Presidente del Consiglio di Stato, riferendo sul ruolo del giudice amministrativo, chiarisce che “*negli ultimi anni vi è stata una forte crescita della tutela fornita dal giudice amministrativo, che non si limita più all'annullamento del provvedimento lesivo, ma si estende al risarcimento del danno e a una cognizione più ampia del rapporto sottostante, con una continua attenzione alla celerità del processo che – nelle controversie in alcune materie, come quelle relative agli appalti o ai provvedimenti delle Autorità indipendenti – di regola si conclude nel giro di pochi mesi. Dopo gli obiettivi dell'effettività e della pienezza della tutela stiamo per raggiungere un ulteriore e più alto traguardo: quello della sua soddisfattività. Abbiamo acquisito una maggiore sensibilità nel comprendere la portata sostanziale della pretesa della parte e della lesione che asserisce di aver subito. Il processo amministrativo guarda innanzitutto al “fatto”, alla vicenda concreta in cui si attua la dialettica autoritàlibertà, e su tale vicenda modella il giudizio, avvalendosi di un sindacato per clausole generali (correttezza, proporzionalità, ragionevolezza) che consente di salvaguardare la sfera giuridica del cittadino penetrando le logiche del potere pubblico*”.

<sup>9</sup> Il ritorno, cioè, al precedente sistema processuale fondato sul principio di “*giurisdizione limitata*” in cui al giudice era unicamente attribuito il potere di verificare la legittimità degli atti senza potere conoscere gli aspetti della controversia e senza, soprattutto, il potere di dare “*tutti gli ordini necessari a reintegrare il diritto che riconosce violato*”. Così, O. Ranalletti, *Le gaurentigie della giustizia nella pubblica Amministrazione*, Milano, 1934, p. 411.

<sup>10</sup> Sul ruolo del giudice amministrativo e sulle numerose critiche che lo hanno interessato in questi ultimi anni la dottrina è già ampiamente intervenuta. Da ultimo, si rinvia a L. Tarantino, *Giurisdizione e amministrazione: Silvio Spaventa, ieri e oggi*, in *Urb. App.*, 5/2015, pp. 501 ss., che sul tema sintetizza il pensiero, sempre attuale, di Silvio Spaventa, e che rimarca l'importanza del “*ruolo centralissimo*” che deve avere la magistratura amministrativa all'interno del nostro ordinamento.

<sup>11</sup> Il D.L. 90/2014, ha introdotto, o reintrodotta, nel codice del processo amministrativo importanti strumenti processuali a disposizione del giudice che hanno ridisegnato il rito degli appalti pubblici di cui all'articolo 120 c.p.a. In estrema sintesi, il legislatore ha voluto rendere ancora più veloce la definizione dei giudizi relativi agli appalti pubblici intervenendo sulla forma degli atti di parte, sui tempi della decisione di merito e deposito della sentenza nonché sulla fase cautelare con possibilità di subordinarne la concessione alla prestazione di fidejussione ed una durata massima della stessa stabilità

La tutela cautelare in tale prospettiva rappresenta certamente uno degli strumenti di maggiore rilevanza che sono posti a disposizione del giudice amministrativo<sup>12</sup> e, nel rispetto del principio di strumentalità che lega la misura cautelare alla decisione di merito (della quale è mezzo per conservare gli effetti che saranno successivamente regolati dalla decisione finale), l'ampliamento delle azioni proponibili con la emanazione del codice del processo amministrativo<sup>13</sup> autorizzerebbe il giudice ad

---

in sessanta giorni. Per un commento si rinvia a: M.A. Sandulli, *Il D.L. 24 giugno 2014 n. 90 e i suoi effetti sulla giustizia amministrativa. Osservazioni a primissima lettura*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2014.

<sup>12</sup> Non è certamente un mistero che proprio la evoluzione che ha accompagnato la tutela cautelare sia stata il “grimaldello” che ha portato a scardinare il sistema della giustizia amministrativa saldamente ancorato alla concezione esclusivamente caducatoria delle pronunce dei giudici amministrativi. È, infatti, opinione comune in dottrina che la giustizia cautelare sia “*il settore avanzato di sperimentazione dei nuovi mezzi di tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione*”, così F. Cintioli, *L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2002, p.58. La misura cautelare è intesa come un “*profilo assolutamente primario nel quadro generale del processo amministrativo, integrando un elemento imprescindibile per la garanzia dell'interesse – pubblico generale – alla tutela effettiva contro il cattivo esercizio del potere pubblico*”, in questi termini M.A. Sandulli, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 20, 2009. Non è necessario, dunque, scomodare Calamandrei per evidenziare lo scopo pubblicistico dei provvedimenti cautelari essendo essi diretti a difendere “*la serietà*” della funzione giurisdizionale e cioè “*quella specie di beffa alla giustizia che il debitore convenuto nel processo ordinario potrebbe tranquillamente compiere profittando dei lunghi indugi delle procedure*”, con la funzione fondamentale nel processo amministrativo di rappresentare il primo, in senso temporale, strumento di tutela per assicurare gli effetti dei provvedimenti alla cui produzione è diretto il processo, così P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, pp. 143-144. Sull'istituto della tutela cautelare con riferimento, in particolare, alla questione della tutela cautelare degli interessi pretensivi si veda E. Follieri, *La causa tipica e la sua evoluzione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 1989, pp.646 ss.; Per una approfondita ricostruzione dell'istituto, soprattutto con riferimento alla sua importanza in chiave di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale, si rinvia a A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, Padova, 2001, pp. 173 ss.

<sup>13</sup> All'indomani della introduzione del codice del processo amministrativo si è acceso un dibattito in dottrina sulla questione se il codice avesse recepito il principio della atipicità delle azioni. Si rinvia a M. Clarich, *Le azioni*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 11, 2010, pp.1121 ss. L'autore rileva che “*poiché, situazioni giuridiche, azioni e sentenze quasi come un gioco di specchi, rinviano le une alle altre e sono legate da un nesso di stretta interdipendenza, una siffatta disposizione ammette implicitamente che tra situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e pronuncia di condanna atipica si interpone un'azione che è altrettanto atipica*”, p. 1124. Si veda anche S. Raimondi, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2011, secondo cui alla atipicità della pronuncia cautelare, già prevista con la riforma introdotta con la Legge 205 del 2000, si affianca la atipicità della sentenza di merito, p. 920. In dottrina, per un orientamento contrario alla atipicità delle sentenze di merito si veda: C.E. Gallo, *Il Codice del processo amministrativo: una prima lettura*, in *Urb. App.*, 9, 2010, pp. 1013 ss., secondo cui l'azione di condanna non è una azione “*sussidiaria o di chiusura, finalizzata cioè a consentire di ottenere quello che non si potrebbe ottenere altrimenti, ma è invece un'azione che è finalizzata cioè ad ottenere che vi sia un ordine del giudice di effettuare quella prestazione che l'ordinamento individua come pretendibile. La formulazione dell'azione di condanna sembra quasi essere ricalcata sulla tutela cautelare innominata, che però può essere innominata perché e serve una tutela di merito viceversa nominata*”, pp. 1017-1018. Per un approfondimento prima del codice del processo amministrativo si rinvia a: M. Clarich, *Tipicità e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2005, pp. 557 ss.. Anche la recente giurisprudenza amministrativa ha accolto il principio di

adottare, in sede cautelare, anche provvedimenti anticipatori della reintegrazione in forma specifica<sup>14</sup>.

In tale prospettiva il potere cautelare, strumentale *alla conservazione delle potenzialità di tutela del processo principale sino al suo esito finale*<sup>15</sup>, deve essere rimesso alla libera valutazione dei fatti e degli interessi di causa da parte del giudice, senza che intervenga il legislatore a ridimensionarne e vincolarne il potere valutativo e decisionale e ciò a salvaguardia dell'interesse pubblico generale<sup>16</sup>.

Il problema non si risolve o, se si preferisce, il “nodo” non si scioglie, stabilendo nuove regole e nuovi principi posto che essi sono già ampiamente presenti nel nostro

---

atipicità delle azioni come statuito da Cons. Stato, V Sez., 24 luglio 2014, n. 3957, secondo cui *“l'improcedibilità del ricorso di primo grado conseguente alla mancata tempestiva impugnazione di un provvedimento che modifichi l'assetto degli interessi in giuoco non fa venir meno l'interesse ad una decisione che dichiari ed accerti l'illegittimità del provvedimento impugnato, in vista della proposizione della autonoma domanda risarcitoria: si tratta di una regola iuris che si connette al più grande principio di effettività della tutela giurisdizionale ed al corollario che da tale principio deriva, costituito dall'ammissibilità di azioni di accertamento anche atipiche”*, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it). Nello stesso senso Cons. Stato, Sez. V, 28 aprile 2014, n. 2184, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it). Per una visione critica della coincidenza della pluralità delle azioni previste dal codice con la effettività della tutela si rinvia a R. Giovagnoli, *Effettività della tutela e atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2013, secondo cui *“sarebbe, quindi, un errore far coincidere l'effettività della tutela con il principio della pluralità delle azioni e pensare che l'effettività della tutela nel processo amministrativo sia un approdo relativamente recente”*. Infatti, sempre secondo l'Autore, non può disconoscersi che *“ancor prima, e anche a prescindere dai recenti interventi legislativi, il giudice amministrativo sia riuscito, attraverso una giurisprudenza meritoria e progressista, ad assicurare al privato una tutela piena nei confronti dell'Amministrazione, anche in un sistema ispirato alla tipicità delle azioni e connotato dalla centralità dell'azione di annullamenti”*.

<sup>14</sup> Nei detti termini E. Follieri, *La fase cautelare*, in *Giustizia amministrativa* a cura di F.G. Scoca, Torino, 2015, pp.345 ss.. Si veda anche F. Saitta, *L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo, tra mito e realtà*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in cui l'Autore, prima della emanazione del codice del processo amministrativo, commentando l'articolo 3 della legge n. 205 del 2000 sul contenuto della misura cautelare atipica, riteneva “azzardato” attribuire contenuto sostitutivo ai provvedimenti cautelati in ragione dei principi di strumentalità ed interinalità. I detti principi e le superiori osservazioni, certamente, si devono leggere nel periodo storico in cui esse sono state correttamente rese, e cioè prima della emanazione del codice del processo amministrativo e della previsione della pluralità di azioni. La questione, oggi, ha perso comunque interesse ritenuto che i giudizi vengono definiti nel merito con estrema rapidità.

<sup>15</sup> Così A. Police, *Giurisdizione piena e trasformazione della tutela cautelare*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2003, p. 224.

<sup>16</sup> Si rinvia a M.A. Sandulli, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, *Cit.*, in cui l'Autore sottolinea che la sospensione di un provvedimento amministrativo, oltre ad essere uno strumento di fondamentale importanza per rendere effettiva la tutela del cittadino, deve anche essere strumentale all'interesse pubblico generale. *“La decisione cautelare diventa pertanto un delicato problema di bilanciamento dei diversi interessi, legato alla proporzionalità della misura adottata non soltanto tra l'interesse del ricorrente e quello dei suoi legittimi contraddittori, ma anche tra i diversi interessi pubblici coinvolti”*. La concessione della misura cautelare, quindi, non deve condurre ad una sproporzione di tutele a danno del pubblico interesse ed in tale prospettiva *“il giudice, se non deve all'evidenza ingiustamente privilegiare tale interesse, deve pertanto riservarsi una valutazione particolarmente attenta, adeguatamente bilanciando con l'interesse privato e con le stesse esigenze di celerità”*.

ordinamento giuridico ed ultimamente hanno anche trovato una loro chiara codificazione<sup>17</sup>.

La problematica, semmai, è un'altra, e cioè comprendere come il principio di effettività possa trovare una concreta applicazione rispettando sia le esigenze (talvolta primarie) degli interessi pubblici alla realizzazione dell'opera pubblica sia quelle dei privati alla tutela piena contro l'esercizio illegittimo del potere pubblico<sup>18</sup>.

Anche lo strumento del risarcimento del danno per equivalente, in luogo di quello in forma specifica, potrebbe essere un mezzo per bilanciare *“una più equa e vantaggiosa distribuzione del rischio sociale derivante dalla realizzazione di opere pubbliche e grandi infrastrutture<sup>19</sup>”* a condizione, però, che tale risarcimento sia effettivo<sup>20</sup>.

## **2. Le misure per sbloccare l'Italia.**

Chiusa questa breve parentesi introduttiva, può volgersi adesso l'attenzione al provvedimento legislativo in commento e, per quanto rileva nel presente lavoro, senza entrare nel merito delle scelte governative e della analisi delle singole norme (tema che richiederebbe, evidentemente, un ben maggiore approfondimento), indagarne la *ratio* e quale sia l'obiettivo che il Governo ha inteso perseguire con lo

---

<sup>17</sup> Il riferimento è ai primi due articoli del codice del processo amministrativo in tema di effettività della tutela e giusto processo. Per un commento ai citati articoli si rinvia a: G.C. Feroni, *Commento agli artt. 1-2*, in *Codice della giustizia amministrativa* (a cura di G. Morbidelli), Milano, 2015; F. Merusi, *Commento agli artt. 1-3*, in *Il processo amministrativo* (a cura di A. Quaranta – V. Lopilato), Milano, 2011; M. Sanino – I. Colombo, *Commento agli artt. 1-3*, in *Codice del processo amministrativo* (a cura di M. Sanino), Torino, 2011.

<sup>18</sup> In questo senso si veda A. Travi, *Sospensione del provvedimento impugnato (ricorso giurisdizionale amministrativo e ricorso amministrativo)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIV, Torino, 1999, pp. 372 ss., spec. pp. 378-379 secondo cui *“il giudice amministrativo deve considerare anche i riflessi che produrrebbe la misura cautelare rispetto all'Amministrazione e rispetto ai controinteressati: non è raro che l'esecuzione di un provvedimento comporti un danno significativo a carico del ricorrente, ma che la sospensione dello stesso provvedimento possa comportare un danno ancora più grave per l'Amministrazione o per il controinteressato”*.

<sup>19</sup> Così A. Police, *Responsabilità della P.A. per illegittima aggiudicazione ed esigenze di “stabilità” dei contratti di opera pubblica*, in *Riv. Trim. App.*, 3, 2002, p. 130.

<sup>20</sup> In termini A. Bartolini - S.Fantini - F.Figorilli, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urb. App.*, 6, 2010, pp. 638 ss., spec. pp. 661-662. Secondo l'Autore *“dal principio di effettività discende un limite intrinseco alla possibilità di restringere la concessione dei rimedi: se il ricorrente che ha ragione si vede limitare la possibilità di ottenere la tutela in forma specifica, dovrà vedersi riconosciuto, in forza del principio di effettività, la sicura possibilità di ottenere il risarcimento del danno; se, invece, si decide di limitare la possibilità di ottenere il risarcimento del danno, gioco forza, dovranno essere allentate le maglie che restringono la possibilità di ottenere la tutela in forma specifica”*.

“sblocca Italia”, e ciò al fine di potere valutare le interazioni e le interferenze tra gli obiettivi politici ed il ruolo della magistratura amministrativa.

Per comprendere la natura e la rilevanza sia politica sia giuridica dello “sblocca Italia”, si deve evidenziare come il provvedimento legislativo contenga una serie di iniziative sintetizzabili in tre principali pilastri: lo sblocca infrastrutture, lo sblocca edilizia e lo sblocco delle regole sugli appalti.

La prima misura, l’unica ad essere rilevante ai fini del presente lavoro, articolata in più capitoli, si pone come principale obiettivo quello di “*sblocca infrastrutture*<sup>21</sup>” attraverso diverse iniziative mirate ad aprire cantieri individuati, nonché misure di “*semplificazione burocratica*<sup>22</sup>”, quest’ultima intesa dal legislatore come ulteriore misura di incentivazione della apertura dei cantieri. Lo stesso decreto, con una successiva condivisibile misura pone il tema della “*cantierabilità delle opere*” prevedendo che il conseguimento del finanziamento possa avvenire soltanto a cantiere aperto ovvero mediante l’aumento di investimenti privati in infrastrutture autostradali. La impostazione del decreto legge prevede, quindi, taluni interventi rientranti nel tema della “*semplificazione burocratica*” sebbene deve chiarirsi come essi non abbiano nulla a che vedere con detta attività di semplificazione, dovendosi piuttosto (e per fortuna) ricondursi all’interno di misure di natura economica con la peculiarità di servire proprio per il rilancio dell’economia.

La centralità dello “sblocca Italia” risiede, quindi, non tanto nella introduzione di nuove disposizioni normative<sup>23</sup> o di nuove strutture amministrative<sup>24</sup>, che non

---

<sup>21</sup> Il riferimento, in particolare, è al I e II Capo della legge, rispettivamente rubricati “*misure per la riapertura dei cantieri*” e “*misure per il potenziamento delle reti autostradali e di telecomunicazioni*”.

<sup>22</sup> Il Capo IV dello “sblocca Italia” è rubricato “*misure per la semplificazione burocratica*”.

<sup>23</sup> Nell’ultimo decennio si è, infatti, assistito ad una “*alluvione di norme, di riforme e di controriforme, rovesciato sui cittadini a tutti i livelli, da quello costituzionale a quello legislativo e regolamentare*” con l’effetto di determinare “*una pericolosa quanto drammatica reazione di rassegnazione e di indifferenza da parte della collettività, fino al risultato che anche coloro i quali avrebbero la forza e la competenza per intervenire nel procedimento normativo per arginare le incongruenze, rifiutano addirittura spesso di seguirne l’iter, giustificatamente stanti di rincorrere un legislatore la cui unica vera preoccupazione sembra quella di riformare per riformare, spesso senza neppure rendersi conto del modo contraddittorio cui tendenzialmente agisce*”. Così M.A. Sandulli, *Brevi riflessioni su alcune recenti tendenze all’incertezza del diritto*, in *Rass. Parl.*, 1, 2003, p. 125. Il tema della c.d. semplificazione normativa soprattutto in materie particolarmente influenti sul sistema economico, quali sono le regole sulle gare per la realizzazione delle opere pubbliche, è stato ampiamente dibattuto in dottrina sul presupposto che occorrerebbero regole di diritto, sostanziale e processuale, che riescano ad offrire minori occasioni di contese giudiziarie tra Amministrazioni pubbliche e privati. Al contrario il legislatore, in tali materie, ha creato una la moltiplicazione, su più livelli, di una serie di norme. “*Ci sono almeno quattro, se non cinque, serie di norme, tutte applicabili e questa compresenza di regole di*



sarebbero delle semplificazioni quanto delle complicazioni del sistema dovute alla moltiplicazione degli interlocutori e degli oneri formali<sup>25</sup>, ma viceversa ritiene che l'unica misura per fare ripartire (sbloccare) la crescita economica sia quella di una precisa scelta di politica economica che porti, da un lato, la sollecitazione dell'intervento pubblico diretto in economia a mezzo del rilancio infrastrutturale, dall'altro, l'agevolazione dell'investimento dei privati nell'economia (anche attraverso interventi nelle infrastrutture a rilevanza pubblica<sup>26</sup>).

È noto, infatti che *“nell'analisi economica, gli investimenti pubblici e la dotazione infrastrutturale hanno sempre occupato un posto di rilievo, nella diffusa convinzione che essi rappresentino le ruote - se non il motore – dell'attività economica”*<sup>27</sup>.

Tornando al tema del nostro lavoro, si sottolinea come le misure previste dallo “sblocca Italia” in seno al decreto legge siano certamente di grande sforzo e tuttavia, ferma la importanza di avere centrato o meno il tema dello sviluppo nella finanza pubblica e privata, l'unico modo per cui questa scelta strategica possa avere degli esiti è quella di consentire di rendere applicabili le riforme in un lasso di tempo medio-lungo per dare certezza e stabilità al progetto di riforma.

È, dunque, fortemente sentita la necessità che il diritto amministrativo<sup>28</sup> e, in particolare, l'attività del giudice amministrativo<sup>29</sup>, sia garanzia di certezza e di

---

*fonte diversa e di grado diverso sono la principale causa delle incertezze, degli errori e dei vizi di legittimità in cui le P.A. quotidianamente incorrono nell'operare in materia di opere pubbliche”,* così A. Police, *Responsabilità della P.A. per illegittima aggiudicazione ed esigenze di “stabilità” dei contratti di opera pubblica*, *Cit.*, p. 117.

<sup>24</sup> Sul tema G. Giovannini, *La legislazione della crisi e il ruolo del giudice amministrativo*, *Cit.*, p. 35, secondo cui nel campo della contrattualistica pubblica si è rilevato da tempo un eccesso di oneri formali imposti a pena di esclusione dalle gare.

<sup>25</sup> In tema di semplificazioni nei contratti della pubblica amministrazione si veda A. Police, *Prime riflessioni su semplificazione ed evidenza pubblica nei contratti della p.a.*, in *Nuov. Auton.*, 3-4, 2008, pp. 691 ss..

<sup>26</sup> Sulla incidenza che la ridefinizione dell'intervento pubblico in economia alla fine del secolo scorso, attraverso l'emersione di una nuova funzione regolativa attribuita alla autorità indipendenti e la liberalizzazione dei mercati e dei servizi, ha avuto sulla scienza del diritto amministrativo si rinvia a L. Torchia, *La scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 4, 2001, pp.1124-1125.

<sup>27</sup> Così L. Giampaolini, *Gli investimenti nelle Opere Pubbliche nel contesto del contenimento della spesa e lo scenario delle realizzazioni delle opere pubbliche in Italia. Le più frequenti criticità riscontrate e le criticità sistematiche: dalla iper-regolamentazione all'invasività giudiziaria. La corruzione e i “quattro pilastri” per la sua lotta: l'etica, la trasparenza verso l'uso dell'ICT, la semplificazione e il controllo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2011.

<sup>28</sup> Sulle contraddizioni del diritto amministrativo e del suo continuo oscillare tra autoritarismo, liberismo e socialismo si rinvia a S. Cassese, *Le droit puissant et unique de la société. Paradossi del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 4, 2009, pp. 879 ss..

<sup>29</sup> Sul piano processuale, per un approfondimento sulla graduale democratizzazione dell'ordinamento amministrativo nell'ottica di un progressivo avvicinamento della posizione individuale dei cittadini nei

stabilità, evitando che diventi un ostacolo alla realizzazione di un risultato anziché uno strumento per favorire il risultato stesso attraverso una saggia ponderazione dell'interesse collettivo e di quello privato<sup>30</sup>.

### **3. Lo sblocca Italia alla ricerca di certezze e stabilità.**

Volendo, quindi, sintetizzare l'intervento legislativo dell'agosto 2014, si può ritenere che le misure previste dal decreto legge "sblocca Italia" siano rivolte alla ripresa economica del Paese attraverso interventi di natura prettamente economica senza incidere sull'apparato burocratico e normativo già esistente al fine (o nella speranza) di renderne più efficiente e concreta l'azione della pubblica Amministrazione<sup>31</sup>.

---

confronti dell'Autorità pubblica, con riferimento anche alla crescente domanda di giustizia nell'Amministrazione, si rinvia al lavoro di A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997. In particolare, l'Autore, dopo avere compiutamente trattato il tema del sindacato del giudice sul vizio della funzione che si concretizza in un controllo di razionalità del comportamento amministrativo, sottolinea come tale controllo di ragionevolezza lasci al giudice un campo di azione molto ampio e ciò anche senza trasformare il sindacato in un riscontro di merito delle scelte. Il problema, quindi, è proprio comprendere l'ampiezza del controllo ed evitare che il sindacato del giudice diventi uno strumento di "arbitrio" in cui legittimità e merito si confondano, pp. 343-344

<sup>30</sup> La questione di fondo, che dopo la stesura del codice di procedura amministrativa appariva risolta ma che evidentemente è tutt'altro che risolta, è il bilanciamento dell'interesse pubblico con quello privato, nonché il modo di intendere il rapporto tra amministrazione e cittadino, e cioè la esistenza di una *amministrazione democratica*. La mera tutela caducatoria è stata intesa come una tutela evanescente che ha visto la dottrina combattere una vera e propria battaglia per la concezione paritaria del diritto amministrativo ampliando i poteri di cognizione e di decisione del giudice amministrativo sulla gestione del pubblico potere. Sul punto, per una ricostruzione storica del dibattito, senza animo di completezza, si rinvia a: G. Abbamonte – O. Abbamonte, *Sorvegliare il potere? Dialogo di inizio millennio tra cittadino ed amministrazione*, Napoli, 2001, pp. 11 ss.; V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966. La chiave di volta per comprendere lo studio della giustizia amministrativa all'interno delle norme costituzionali secondo l'Autore è l'articolo 113 Cost. che scardina il mito della rigida separazione dei poteri e pone al vaglio del giudice gli atti della autorità pubblica, p. 80; F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 831; E. Cannada-Bartoli, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964; V. Caputi Jambrenghi, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991, specialmente p. 15 in cui l'Autore manifesta la necessità di una urgente revisione della struttura del rapporto tra cittadini e soggetti pubblici nel segno delle nuove e fondate domande sociali che sono indotte dalla stessa evoluzione dell'esperienza comune; M.A. Carnevale Venchi, *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, Padova, 1969; M.P. Chiti – A. Pizzi, *La giustizia amministrativa nelle leggi e nella giurisprudenza costituzionale*, Roma, 1972; M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. Proc.*, I, 1963, pp. 522 ss.; B.G. Mattarella, *Il rapporto tra autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 4, 2006, pp. 909 ss.; A. Romano Tassone, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. Amm.*, 4, 2013, pp. 559 ss..

<sup>31</sup> Sul tema si richiama F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994, p. 39, secondo cui la inefficienza tecnica delle strutture burocratiche, per quanto condivisibili, debbano essere ricercate dalla

Come poc' anzi si è accennato, la superiore riforma, però, si confronta con il tema della certezza e della stabilità che non riguarda solo la questione della finanza privata e la capacità finanziaria di intervenire con azioni concrete, ma riguarda anche le scelte di finanza pubblica, posto che il finanziamento di tutte le misure di sviluppo e di rilancio e di apertura dei cantieri attraverso fondi pubblici sono inevitabilmente collegati al tema della certezza e, in particolare, al tema della certezza nelle procedure di gara in quanto gli appalti pubblici rappresentano una significativa quota dell'intera economia nazionale<sup>32</sup>.

È questo un tema di centrale importanza<sup>33</sup> che ha radici risalenti nel tempo<sup>34</sup>.

Di fronte a questo autentico *nido di vipere*<sup>35</sup> deve darsi una risposta certa alla individuazione ed alla realizzazzazione di un'opera pubblica<sup>36</sup> e, in generale, devono darsi risposte stabili anche alla applicazione delle regole ed alla individuazione dei principi da parte della giustizia amministrativa<sup>37</sup>.

Non si può, però, addebitare l'incertezza delle decisioni nella politica pubblica economica al sistema delle giustizia amministrativa, quantomeno in via ideale.

---

qualità del sistema in cui gli uomini sono costretti ad operare. Le *incongruenze normative* e le *complicazioni di procedure* impediscono all'Amministrazione di operare in modo efficiente.

<sup>32</sup> Si rinvia a L. Giampaolino, *Lo scenario economico italiano e il ruolo della P.A.*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2011 che ravvisa la necessità di semplificazione dell'ordinamento amministrativo attraverso la individuazione di regole semplici e rapide per la crescita economica e la competitività soprattutto negli investimenti pubblici.

<sup>33</sup> Così come diventa fondamentale il tema della certezza della localizzazione delle infrastrutture e di conseguimento dei titoli necessari in tema di salvaguardia ambientale e territoriale, posto che il sistema della moltiplicazione delle competenze e della instabilità delle decisioni pubbliche (anche quando sono a decisore unico) e la fragilità delle decisioni assunte in sede di verifica giurisdizionale pongono un tema contrario ai requisiti della certezza e della stabilità.

<sup>34</sup> In termini A. Police, *Responsabilità della P.A. per illegittima aggiudicazione ed esigenze di "stabilità" dei contratti di opera pubblica*, *Cit.*, p. 118.

<sup>35</sup> L'espressione è di F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino*, *Cit.*, p. 40. L'Autore rappresenta la difficoltà, ad esempio nel caso della individuazione di un'opera pubblica, di contemperare i molteplici e, talvolta, contrastanti interessi di una pluralità di soggetti coinvolti che vanno dalla sanità all'ambiente, dal paesaggio all'urbanistica, alla tutela dei beni demaniali e, comunque, alla accettazione dell'opera stessa da parte degli enti e delle comunità che ne vengono in ogni caso interessate.

<sup>36</sup> Si può ravvisare perfino una stretta connessione tra l'efficienza dell'amministrazione ed i problemi della giustizia amministrativa: il cattivo ed incerto uso dei poteri da parte dell'amministrazione anche dopo la L. 241/1990, che ha ampliato i punti di contatto tra pubblica amministrazione e cittadino, ha provocato una maggiore domanda di giustizia e l'ampliamento del ruolo della funzione giurisdizionale amministrativa. Cfr. R. Chiappa, *Giustizia amministrativa, efficienza e pubblica amministrazione*, in *For. Amm.*, 7-8, 1996, 2501.

<sup>37</sup> Si rinvia a L. Torchia, *La scienza del diritto amministrativo*, *Cit.* pp. 1123 ss., che, facendo una analisi della scienza amministrativa collocata temporalmente nella seconda metà del XX secolo, dopo avere rilevato come l'assetto del processo amministrativo sia ancora instabile a causa di lacune, incertezze ed incongruenze, a causa di una sovrabbondanza di interventi legislativi e di "un nuovo

Tuttavia non può negarsi che il ruolo della giustizia amministrativa, o di qualsiasi altra istituzione che potrebbe sostituirla, può assumere, anzi deve assumere, un ruolo da attore protagonista soprattutto in conseguenza delle trasformazioni che ha avuto la giustizia amministrativa nell'ultimo ventennio e del ruolo che il legislatore ha voluto attribuirle<sup>38</sup>: è stato ricondotto nell'alveo della sua giurisdizione esclusiva una serie di materie con rilevanza diretta per il sistema economico<sup>39</sup> ed è stato ampliato, quantomeno sulla carta, il potere cognitorio e decisorio della giustizia stessa, riconoscendone un ruolo centrale nel sistema giurisdizionale italiano<sup>40</sup>.

L'incertezza delle decisioni dettate dalla giurisprudenza potrebbe condurre, infatti, non solo alla mancata realizzazione delle opere pubbliche ma anche all'avvio delle stesse con interruzione in corso di costruzione con spreco di pubblico denaro. Questo risulta ancora più complesso e grave con riguardo alla finanza privata ed alla appetibilità dell'Italia per gli investitori stranieri.

Il tema della certezza va quindi collocato in tale prospettiva posto che sia la finanza pubblica sia anche quella privata richiedono stabilità e certezza di regole e, soprattutto, di interpretazione delle regole. È opinione ormai comunemente diffusa che quando *“un blocco di ricorsi investe una procedura di gara di fatto si paralizza la realizzazione dell'opera”*<sup>41</sup>.

---

*protagonismo giurisprudenziale*”, ritenga che si debba abbandonare il *“ragionar per modelli a favore della ricerca di principi e delle condizioni di applicabilità dei principi stessi”*, p. 1130.

<sup>38</sup> All'indomani della codificazione del processo amministrativo è comunemente diffusa la opinione secondo cui tale strumento rappresenti “solo” la base di partenza per successivi sviluppi degli strumenti di giustizia amministrativa, così come è diffusa la speranza che il giudice amministrativo, ormai giudice di “pari dignità” rispetto a giudici diversi, dovrà cogliere la sfida e rappresentare l'attore principale per la concreta attuazione delle disposizioni *flessibili* contenute nel codice, come ricordato da P. de Lise, *Verso il Codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2010.

<sup>39</sup> Sull'importanza che il contenzioso economico ha assunto all'interno della giurisdizione amministrativa si rinvia a G. Napolitano, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 6, 2011, pp. 677 ss.. In particolare, l'Autore ravvisa nella moltiplicazione dei rapporti tra pubblico potere e sistema imprenditoriale e nella loro sempre maggiore *giuridicizzazione* uno dei principali motivi che ha dato maggiore rilevanza al coinvolgimento del giudice amministrativo. *“In questa prospettiva, il buon funzionamento del sistema giurisdizionale, diventa una componente fondamentale dello stesso buon funzionamento del mercato”*, p. 678.

<sup>40</sup> Si rinvia a F. Merusi, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2011, pp. 1 ss..

<sup>41</sup> Così F. Satta, *Appalti pubblici e infrastrutture per una maggiore efficacia della giurisdizione amministrativa*, in *For. Amm.*, 2014, p.1643. l'Autore precisa anche che la concessione della misura cautelare ha *“effetto frenante sui lavori”* con la dilatazione incontrollata dei tempi di realizzazione e l'ulteriore drammatico effetto che *“molte infrastrutture diventano tecnologicamente vecchie, se non obsolete, prima ancora di vedere la luce”*, p. 1645.

La risoluzione dei conflitti con una magistratura a cui oggi è, troppo superficialmente, attribuito un ruolo di “blocco” della crescita non può essere risolta, però, con ulteriori riforme legislative, essendo del tutto fallace un intervento del legislatore volto a risolvere queste complicazioni ed è ancora più grave se l'intervento è frettoloso e poco incline ad inserirsi all'interno di un sistema processuale costruito nel tempo.

Anzi, come già si è detto, la crescita del numero di leggi ha spesso comportato la crescita delle incertezze<sup>42</sup> ed una rivoluzione del sistema della giustizia amministrativa da parte del legislatore è stato già avviato nel 2000 con la legge n. 205 ed è coronato, con risultati più o meno soddisfacenti, con la stesura del codice del processo amministrativo<sup>43</sup> e delle sue recenti e significative modificazioni, soprattutto sul rito degli appalti pubblici, apportate dal D.L. n.90/2014.

La crescita e lo sblocco oggi posso derivare sola da una certezza e da una stabilità nella attuazione delle scelte pubbliche di investimento. Si avverte, quindi, la esigenza di una giurisdizione che sappia svolgere una funzione di garanzia del sistema poiché “*la giustizia è anche certezza*”<sup>44</sup>.

Volendo ricercare nel nostro recente passato, può rilevarsi come la ripresa economica all'indomani del secondo conflitto mondiale, e cioè nel periodo storico in cui il Governo ha inteso fare ripartire l'economia italiana attraverso la realizzazione delle grandi infrastrutture pubbliche, questi problemi di instabilità nella individuazione

---

<sup>42</sup> Cfr. M. Ainis, *Libertà negate*, Milano, 2004, p. 9.

<sup>43</sup> Si rinvia a F.G. Scoca, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2011. L'analisi dell'Autore sulla codificazione non è pienamente positiva, considerato che il Governo ha, nella sostanza, annullato l'obiettivo della legge delega di dare effettiva attuazione al principio costituzionale di cui all'art. 113 di creare un processo amministrativo che avrebbe dato piena soddisfazione delle pretese della parte ricorrente. Tuttavia, per quanto perfettibile, secondo l'Autore il codice ha avuto l'indiscutibile pregio di avere offerto dopo “*dodici decenni di vita*” una disciplina organica alla materia processuale, nonché avere concorso, anche attraverso l'aumento della azioni proponibili, all'allargamento dei mezzi di tutela e, dunque, alla maggiore effettività della tutela stessa. Inoltre, si rinvia a C.E. Gallo, *Il Codice del processo amministrativo: una prima lettura*, *Cit.*, pp. 1013 ss., in cui l'Autore ricostruisce le modifiche, anche significative, intervenute durante l'*iter* che ha condotto alla stesura definitiva del Codice, con particolare riguardo alle modifiche del testo elaborato nel dicembre 2009 dalla Commissione insediata presso il Consiglio di Stato.

<sup>44</sup> In questi termini F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005, p. 45. Ancora, l'Autore approfondendo la tematica della certezza e della stabilità del diritto con particolare riferimento al tema della effettività delle tutele, evidenzia l'importanza del ruolo che debba essere assunto dai giudici, ed in particolare nella necessità “*di costruire una rete di controlli che non sacrifichi del tutto il bene della stabilità, della certezza e delle prevedibilità delle regole*”, pp. 45-46.

delle regole e nella interpretazione delle stesse non esistevano: dunque non è, o non è solo, una problematica di natura politica<sup>45</sup>.

Una riflessione, oggi assai comune e perfino eccessivamente superficiale, è che in quel periodo storico non c'erano i TAR così da addebitare il "blocco" dell'economia italiana al ruolo pervasivo assunto dalla giustizia amministrativa<sup>46</sup> con la necessità, quindi, di "annientarne" la esistenza ovvero di limitarne i poteri; effettivamente le modifiche apportate dal Governo allo "sblocca Italia", in sede di conversione, con la introduzione di limitazioni al potere decisorio dei giudici, sembra che segua il detto sentimento.

La stessa evoluzione storica della giustizia amministrativa è stata approfondita nell'ottica di una emersione di tutele del cittadino nei confronti dell'esercizio del potere pubblico<sup>47</sup>, fino a giungere ad un intenso studio sul tema della effettività<sup>48</sup> delle tutele e delineare i contorni di una tutela piena<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Si rinvia al recente contributo di F. Merusi, *Il sogno di Diocleziano, Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013, il quale tenendo ampiamente conto della letteratura "torrentizia" che si è ormai accumulata sul tema del rapporto tra crisi economica e diritto pubblico, rilegge storicamente gli interventi dello Stato nell'economia pubblica.

<sup>46</sup> Sul tema fa riflettere la "provocazione" di Romano Prodi il quale ha affermato che sugli investimenti stranieri pesa l'incertezza che pende su ogni decisione economica per effetto del modello organizzativo della giustizia amministrativa, giungendo perfino a ritenere che "se si abolissero i TAR e il Consiglio di Stato, il nostro PIL assumerebbe subito un cospicuo segno positivo". Tale riflessione è riportata da A. Pajno, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, Roma, 2014, p. 39. La "polemica" è, però, ampiamente generalizzata ed è ormai diventato frequente sentire addebitare il "costo" della crisi economia del Paese alla magistratura amministrativa.

<sup>47</sup> Si rinvia a F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, il quale individua la funzione amministrativa come il "farsi dell'atto", e cioè l'applicazione puntuale ad una realtà, p.121. Il procedimento è il fenomeno che si produce ad ogni esplicazione della funzione e l'Autore distingue due tipi di procedimento: il procedimento in senso stretto ed il processo. Importante evidenziare il passaggio logico secondo cui "nel processo uno o più atti di uno dei soggetti (ad es. lo Stato) trovano la loro ragione di essere o il loro limite in atti di altro soggetto (ad es. il privato). E quando questa ragione di essere o questo limite sorge od è posto nell'interesse del soggetto diverso da quello che ha emanato l'atto e che ne è anzi il destinatario, si è in presenza non più di un semplice procedimento ma di un processo", p. 135. La sentenza, a conclusione del processo, è un atto emanato nell'interesse delle parti e, solo secondariamente, nell'interesse dello Stato alla giustizia, con la ulteriore riflessione che l'agire amministrativo debba essere al servizio della comunità nel rispetto non solo dei diritti ma anche degli interessi del cittadino. Ma l'Autore, a conclusione, constata come siano noti i limiti della tutela giurisdizionale che "è necessariamente ex post e interviene quando un atto ha autoritariamente, e il più delle volte, immutabilmente fissata una relazione di fatto con una disposizione alla quale l'interessato ha soggiaciuto, non collaborato. Ora questa collaborazione è processo; e processo è garanzia di giustizia della decisione; e garanzia di giustizia è il massimo bene di ogni pubblica Amministrazione e insieme di ogni cittadino", p. 144-145.

<sup>48</sup> Per un approfondimento sulla "effettività" della tutela giurisdizionale nei confronti del potere pubblico, con ampi richiami alla giurisprudenza, si rinvia a A. Lamorgese, *L'effettività della tutela nell'esperienza giurisprudenziale*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2008. Sul principio di effettività nella riforma

Paradossalmente, però, all'indomani della recente riforma del codice del processo amministrativo ed al raggiungimento, almeno formalmente, dei detti obiettivi, sembra che il problema sia, in generale, proprio la maggiore tutela ed il maggiore controllo che oggi il giudice amministrativo potrebbe esercitare sui poteri pubblici e, in particolare, sulla ingerenza del giudice su materie che incidano direttamente su questioni di carattere economico. Sono molti gli iscritti al partito dei "No TAR" che hanno come slogan l'assioma "meno tutele, più sviluppo"<sup>50</sup>.

Eppure la *ratio* del codice del processo amministrativo e le stesse recenti modifiche apportate dal D.L. n. 90/2014 in materia di appalti di lavori pubblici, che assorbono i principi di diritto comunitario, sembrano andare in un senso diametralmente opposto, considerando che l'ordinamento ha volto attribuire al giudice amministrativo un ruolo da protagonista, prevedendo che nella materia degli appalti di opere pubbliche alla magistratura siano affidati ampi margini di sindacabilità sulla dimensione temporale dell'inefficacia del contratto o sulla conservazione degli effetti anche in presenza di violazioni nella procedura, così come siano attribuiti ampi spazi di valutazione degli interessi pubblici e privati<sup>51</sup>.

---

del codice del processo amministrativo si rinvia a L. Torchia, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 11, 2010, pp. 1118-1119.

<sup>49</sup> Sul tema si rinvia a A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000. Si evidenzia come l'Autore, oltre ad offrire una dettagliata ricostruzione storica dell'istituto con il rinvio ad amplissima dottrina, ritiene che all'indomani dell'ormai noto D. Lgs. 80/1998, il legislatore sia "riuscito a liberarsi del peso della tradizione e, sia pure in modo assai succinto, di essere riuscito a delineare un giudizio (quello su ricorso di piena giurisdizione, appunto) radicalmente nuovo e diverso da quello che sino ad allora si era conosciuto nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non solo sotto il profilo dei poteri istruttori, ma anche sotto quello dei poteri di decisione del giudice", p. 176. In altri termini, già a fare data dal 1998, il legislatore ha voluto riservare alla giurisprudenza amministrativa "una nuova giurisdizione esclusiva, in cui la caratteristica principale non consisterà nella esclusività della cognizione del giudice amministrativo, quanto piuttosto nella pienezza di tale cognizione penetrante sul fatto e sul rapporto controverso che consenta ed assicuri una tutela reintegratoria tendenzialmente piena delle pretese sostanziali avanzate in giudizio, indipendentemente dalle situazioni soggettive della cui lesione si duole", pp. 177-178.

<sup>50</sup> Cfr. F. Patroni Griffi, *Presentazione* al volume *Giustizia amministrativa e crisi economica*, *Cit.*, p. 23.

<sup>51</sup> Sul tema A. Bartolini - S. Fantini - F. Figorilli, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, *Cit.*, pp. 638 ss., spec. pp. 655-656, in cui gli Autori si interrogano sul ruolo che in tale materia assumerà il giudice amministrativo e, soprattutto, sulla natura della ponderazione degli interessi, pubblici e privati, che "sembra lambire un giudizio di equità, o forse, come del resto era affermato dalla legge delega, prefigurare una sorta di giurisdizione "esclusiva e di merito" estesa all'assetto contrattuale. Per le novità introdotte dal D.L. n. 90/2014 si veda R. De Nictolis, *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014*, in *Urb. App.*, 11, 2014, pp. 1157 ss..

#### 4. Il giudice della crisi economica.

Il “nodo” da sciogliere rimane fortemente intricato, dovendosi, da un lato, tutelare i diritti e gli interessi del cittadino<sup>52</sup> ma, dall’altro, creare un sistema che consenta la tempestiva realizzazione delle infrastrutture pubbliche per il bene della intera collettività.

A fronte di tali questioni, quindi, deve ragionarsi su un sistema che dia tutele rapide, efficaci e piene al cittadino attraverso gli strumenti processuali che oggi il diritto positivo già prevede, senza che sia necessaria una ulteriore riforma della giustizia amministrativa e, soprattutto, senza che si intervenga a “macchia di leopardo” sull’impianto normativo già esistente come è, del resto, avvenuto in sede di conversione del decreto “sblocca Italia”.

Deve farsi riferimento a strumenti flessibili ed al potere, anche cautelare, di decisioni atipiche, facendosi tesoro di misure alternative che nel passato non esistevano e che potrebbero consentire l’attuazione di misure diverse dall’annullamento.

Lo stesso codice del processo amministrativo potrebbe considerarsi una sfida persa se le azioni ivi previste non siano considerate “*come espressive di una sola azione, con la quale si possa chiedere qualsiasi forma di tutela*”<sup>53</sup>.

In tale prospettiva, in particolare, il rimedio caducatorio può diventare uno degli strumenti ma non è più certamente l’unico<sup>54</sup>, considerato anche che nella materia dei contratti pubblici, ad esempio, la decisione di inefficacia del contratto non discende in via diretta dall’annullamento dell’aggiudicazione ma è rimessa ad una valutazione del giudicante che potrebbe anche irrogare, quali sanzioni alternative, la sanzione pecuniaria o la riduzione della durata dell’efficacia del contratto<sup>55</sup>.

La demolizione di un provvedimento amministrativo, inoltre, per quanto esso sia illegittimo, non è detto che produca un risparmio per la finanza pubblica e che

---

<sup>52</sup> Si rinvia a G. Azzariti, *Percorsi e tendenze della giustizia amministrativa. Indagine su origini formazione e caratteri del sistema della giustizia amministrativa in Italia* Torino, 1994.

<sup>53</sup> Così F.G. Scoca, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, Cit., p.5.

<sup>54</sup> La tutela di annullamento, infatti, è una tutela di “*stampo oggettivo*” nel senso che essa rimane del tutto indifferente alla soddisfazione della pretesa materiale del soggetto agente ed a cui sono principalmente attribuiti poteri di reazione del cittadino rispetto all’atto lesivo. Cfr. A. Romano Tassone, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in *La riforma della giustizia amministrativa in Italia ed in Spagna*, a cura di S. Raimondi e R. Ursi, Torino, 2002, p. 69.



coincida con l'interesse pubblico, sicché la eventuale esclusione del risarcimento in forma specifica quando esso sia troppo oneroso per la pubblica Amministrazione potrebbe consentire la stabilità dei processi decisionali di innovazione infrastrutturale e di investimento pubblico<sup>56</sup>.

Anzi, l'ipotetico aggravio per l'erario pubblico in caso di risarcimento del danno per equivalente potrebbe essere bilanciato dal mancato pregiudizio al benessere della collettività che produrrebbe la sentenza di annullamento della aggiudicazione<sup>57</sup>.

Questo sarebbe un meccanismo più efficace di ogni disposizione legislativa volta al rilancio o allo sblocco della economia ed eviterebbe una iper-regolamentazione del settore degli appalti e senza che, soprattutto, si pensi come soluzione del problema ad una limitazione dell'attuale potere cognitorio e decisionale dei giudici amministrativi.

Il giudice, “*quale giudice della nuova economia*”<sup>58</sup>, è chiamato oggi a tutelare i cittadini e gli operatori economici dal non corretto esercizio del potere pubblico ed al contempo garantire una rapida e sicura prosecuzione dello stesso interesse pubblico attraverso l'esercizio del potere; tale attività giurisdizionale che, come si è detto, incide profondamente anche su materie di rilevante interesse sociale ed economico, non deve portare né la pubblica opinione né, tanto meno, il legislatore, a ridurre i poteri della magistratura amministrativa considerato che proprio “*la giurisprudenza amministrativa ha certamente un ruolo poiché il giudice amministrativo è stato creato*

---

<sup>55</sup> In questi termini L. Tarantino, *Giurisdizione e amministrazione: Silvio Spaventa, ieri e oggi*, *Cit.*, p. 506.

<sup>56</sup> Si rinvia a F.G. Scoca, in *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Il Corriere Giuridico*, 7, 2011, p. 989, in cui l'Autore richiama la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2755 del 10 maggio 2011, secondo cui l'azione demolitaria, in linea di principio, potrebbe anche non condurre all'annullamento dell'atto ma concludersi con statuizioni conformative; lo stesso annullamento, ove pronunciato, potrebbe non condurre alla eliminazione integrale degli effetti dell'atto lesivo con efficacia *ex tunc*, qualora la applicazione di tale principio, avuto riguardo al caso concreto, risulterebbe incongrua e manifestamente ingiusta.

<sup>57</sup> Si rinvia a M. Cafagno, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001, in cui l'autore oltre a sottolineare come, in passato, le norme giuridiche volte a disciplinare le gare in materia di opere pubbliche avessero una *ratio* del tutto differente rispetto a quella attuale, precisa come il risarcimento per equivalente in luogo di quello in forma specifica, senza l'annullamento della gara, avrebbe degli effetti economici positivi per l'intero sistema economico tali da controbilanciare l'aggravio per l'erario pubblico.

<sup>58</sup> Così P. de Lise, *Un giudice per l'economia*, in *Giustizia amministrativa e crisi economica*, *Cit.*, p. 74.

*in occasione di un fenomeno macroeconomico – una crisi generale dell’economia di un determinato paese – causata da un eccesso di indebitamento statale*<sup>59</sup>”.

Al giudice amministrativo, in altri termini, sin dalle sue origini, sono stati attribuiti poteri decisorii su materie di stretta rilevanza per il sistema economico, ricadendo nella propria giurisdizione esclusiva anche il sindacato in materie di debito pubblico<sup>60</sup>.

Il giudice amministrativo, quindi, può essere qualificato “giudice dell’economia” ma certamente, non “giudice della crisi economica” o essere considerato causa della crisi economica. Detta qualificazione di giudice dell’economica nulla aggiunge e nulla toglie alla preminente funzione di salvaguardia dell’interesse pubblico generale che gli è assegnata dall’ordinamento mediante il saggio e prudente bilanciamento dei contrapposti interessi, pubblici e privati, anche in materia di appalti di lavori pubblici.

## **5. Lo “sblocca Italia” ed il sistema processuale amministrativo.**

Il futuro dello “sblocca Italia” e, più in generale, dell’intero sistema, si ritiene che debba passare da una riforma di tipo culturale comprendendo che il diritto amministrativo è un diritto speciale perché posto a garanzia della cosa pubblica e non a garanzia di interessi particolari<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> F. Merusi, *Macroeconomia e giurisprudenza: il ruolo del GA nel debito pubblico e nel governo della finanza*, in *Giustizia amministrativa e crisi economica*, *Cit.*, p. 197.

<sup>60</sup> Sul tema si veda P.G. Ponticelli, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano, 1958, spec. p. 67.

<sup>61</sup> Il tema è complesso e non può essere trattato nel presente lavoro. In particolare, per il profilo che qui potrebbero maggiormente interessare, si sottolinea come il rapporto tra gli interessi pubblici e quelli privati, a partire dagli anni novanta, sia considerevolmente mutato e gradualmente ha portato molti istituti del diritto amministrativo a conservare “una base pubblicistica sulla quale si innestano istituti privatistici, che non sono più confinati, però, ad aspetti specifici e settoriali, ma influiscono sulla ricostruzione complessiva della materia”. Così L. Torchia, *La scienza del diritto amministrativo*, *Cit.*, p. 1129. La superiore “nuova” ricostruzione del rapporto tra Stato e cittadino o, per quanto interessa nel presente lavoro, tra pubblica Amministrazione ed imprese nelle procedure di affidamento degli appalti di lavori pubblici, ha portato il legislatore a codificare “nuove” azioni per rendere effettiva e piena la tutela del diritto sostanziale, con la inevitabile conseguenza che anche il giudice amministrativo dovrà prendere atto della evoluzione del diritto sostanziale avendo cura di non invadere il campo del potere discrezionale dell’amministrazione. L’impressione è che nell’attuale momento storico si viva un mutamento epocale dell’ordinamento amministrativo, essendo infatti irreversibilmente mutati i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione. Sul tema si rinvia F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino*, *Cit.*. In tale “nuovo” contesto gli strumenti della giustizia amministrativa previsti dal codice del processo amministrativo sembra che abbiano perfino anticipato la “comprensione” di tali cambiamenti da parte della pubblica opinione ed anche di una parte degli “addetti ai lavori”, tanto da esistere profili di diritto sostanziale ancora eccessivamente ancorati al rapporto dualistico e conflittuale tra pubblico e privato

I mutamenti legislativi dell'ultimo ventennio, soprattutto attraverso i cambiamenti della disciplina in materia di appalti di opere pubbliche, sono infatti letti da unanime dottrina come una “svolta” sia riguardo alla organizzazione sia alla attività della Amministrazione in ragione del principio di buon andamento di cui all'articolo 97 Cost.. In tale nuovo contesto il cittadino è posto al centro del nuovo sistema e l'interesse pubblico diventa un motivo e non un limite per la soddisfazione dell'interesse degli stessi cittadini<sup>62</sup>.

Eppure, con il provvedimento in commento, il legislatore sembra essere stato di contrario avviso avendo ritenuto che il giudice amministrativo debba essere “bloccato” piuttosto che incentivato ad utilizzare con “saggezza” i propri poteri che gli sono riconosciuti dal codice del processo amministrativo<sup>63</sup>.

Prima di passare ad un approfondimento dell'articolo 9, comma 2 *sexies*, dello “sblocca Italia”, avendo già sinteticamente tracciato gli obiettivi che si è prefigurato il Governo, si deve brevemente tratteggiare il quadro sistematico all'interno del quale detta disposizione si colloca. Infatti, la limitazione del potere valutativo e decisionale dei giudici *ex lege* appare, quanto meno, anacronistica e stride con l'attuale sistema processuale che ha raggiunto un ampio livello di tutela per il cittadino proprio attraverso il maggiore potere cognitivo e decisionale attribuito alla magistratura amministrativa.

Senza volere approfondire la storia e la evoluzione della giustizia amministrativa<sup>64</sup>, non essendo questo l'oggetto di indagine del presente lavoro e necessitando detto

---

che rendono quasi inutili le modificazioni – di rilievo – apportate nel 2010 alla giustizia amministrativa. Sul tema si rinvia a S. Simone, *Il contratto di appalto*, in *I contratti della concorrenza* (a cura di A. Catricalà - E. Gabrielli), Milano, 2011, pp. 753 ss..

<sup>62</sup> Così P. Piras, *Gli appalti pubblici tra trasparenza e innovazione*, in *Urb. App.*, 2, 2015, pp. 129 ss..

<sup>63</sup> Il tema è stato ampiamente affrontato dalla dottrina che, ancor prima della recente riforma del codice del processo amministrativo, ha giustamente osservato come uno dei profondi ostacoli per una tutela piena sia la effettiva estensione dei poteri di cognizione e di decisione del giudice, e cioè “*nella sua capacità di incidere concretamente sul rapporto tra Amministrazione ed amministrati e dirimere la lite insorta sull'assetto sostanziale degli interessi controversi*” ed “*incidere nella sostanza delle scelte circa l'assetto degli interessi pubblici e privati o, il che è lo stesso, nel processo di determinazione e di regolazione del rapporto sostanziale intercorrente tra privato e pubblica Amministrazione*”: così A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, *Cit.*, p. 189.

<sup>64</sup> Per un approfondimento, senza animo di completezza, si rinvia a: G. Azzariti, *Percorsi e tendenze della giustizia amministrativa. Indagine su origini formazione e caratteri del sistema della giustizia amministrativa in Italia*, *Cit.*; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010; E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002; O. Ranelletti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Napoli, 1925; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto*

tema di altri e più ampi spazi, è comunque utile ricordare che storicamente la giustizia amministrativa è stata pensata, ed è nata, per “scardinare” l’insieme dei privilegi giurisdizionali, e non solo, di cui godeva la pubblica amministrazione: il Consiglio di Stato, con la istituzione della IV Sezione nel 1889<sup>65</sup>, ha avuto originariamente una giurisdizione “generale” e tipica di legittimità posto che l’oggetto della domanda giudiziale era obbligato e consisteva “*solo nella richiesta di annullamento dell’atto impugnato*”<sup>66</sup>. Accanto alla giurisdizione di legittimità, con la istituzione della V Sezione del Consiglio di Stato nel 1907<sup>67</sup>, il legislatore ha attribuito al vaglio della giustizia amministrativa le questioni che investissero giudizi di opportunità, e cioè giudizi di merito amministrativo<sup>68</sup>.

Nel 1923, con la Legge n. 2840, modificando ulteriormente l’assetto della giustizia amministrativa, si è tentato di accrescere il ruolo della giurisdizione amministrativa attribuendole la competenza esclusiva in talune materie nelle quali risultava particolarmente complesso distinguere la situazione giuridica soggettiva e, dunque, il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario<sup>69</sup>. Tale assetto è

---

*amministrativo*, Napoli, 1974; G. Salemi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954; F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Torino, 2008; G. Zanobini, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1958.

<sup>65</sup> Per un approfondimento sulla evoluzione storica dalla Legge 20 marzo 1865, allegato E, alla istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato ed al dibattito dottrinale successivo si rinvia a: P. Aimò, *Francesco Crispi e la riforma della giustizia amministrativa del 1889-1990*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Torino, 2011, pp. 153 ss.; L. Ammannati, *Il dibattito dottrinale dopo le leggi del 1889-90*, in *Le riforme crispine*, II, Milano, 1990, pp. 617 ss.; O. Ranelletti, *Una questione di competenze della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Avezano, 1892.

<sup>66</sup> Così M.S. Giannini, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1959, p. 184.

<sup>67</sup> Il riferimento è alla legge del 7 marzo del 1907, n. 62. Si rinvia a: L. Torchia, *L’istituzione della V sezione con la legge n. 62 del 1907: la “carta giurisdizionale” del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, *Cit.*, p. 177 ss.. Secondo l’Autore l’attribuzione della giurisdizione di merito non rappresentò una novità posto che il potere di decidere “nel merito” era già attribuito alla IV Sezione del Consiglio di Stato sulla asserita natura non giurisdizionale dello stesso. Almeno fino alla riforma del 1923, l’attività della V sezione non si estese, però, a valutazioni di opportunità senza mai giungere ad utilizzare i propri poteri per sostituirsi alle valutazioni dell’amministrazione, p. 182. Per un recente ed approfondito studio sul tema si rinvia a F. D’Angelo, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, Torino, 2013.

<sup>68</sup> Per un approfondimento si rinvia a P. Virga, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica Amministrazione*, Milano, 1982. Inoltre, per la evoluzione della giurisprudenza “*anche di merito*” in “*cognizione sul merito*”, nel senso della trasformazione della giurisdizione di merito da cognizione piena dei fatti a cognizione di opportunità amministrativa si veda A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, *Cit.*, pp. 69 ss..

<sup>69</sup> Deve essere precisato che la giurisdizione esclusiva non è una “invenzione” del legislatore del 1923, essendo essa già preesistente per taluni rapporti anche alla legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Per un approfondimento si veda F. Ledda, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, Firenze, 1972. È importante evidenziare come la giurisdizione esclusiva voluta dal legislatore con la riforma degli anni venti non sia stata intesa quale *tertium genus* di giurisdizione rispetto alle competenze di legittimità e di merito già assegnate al

rimasto sostanzialmente invariato anche dopo l'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali nel 1971 con la Legge n. 1034, con la eccezione, in termini di maggiori tutele, della introduzione del potere di condanna dell'amministrazione al pagamento di somme di cui essa risulti debitrice anche se limitata alle materie attribuite alla sua competenza esclusiva e di merito<sup>70</sup>.

Questo nuovo disegno ha individuato “*profonde varianti sia sulla causa petendi (questione vertente sulla opportunità dell'azione amministrativa; comportamento lesivo di diritti soggettivi) che sul petitum (azione di condanna; azione di mero accertamento)*”<sup>71</sup>, sebbene l'azione principale rimaneva sempre l'azione tipica di annullamento dell'atto amministrativo illegittimo. Anzi, l'effetto demolitorio era così pregnante ed assoluto che perdevano perfino interesse i motivi dell'annullamenti essendo essi rilevanti solo per valutare la ammissibilità del ricorso<sup>72</sup>.

Alle soglie del XXI secolo la crisi della giustizia amministrativa è ancora “*una triste realtà*”<sup>73</sup> essendo una giustizia insufficiente, inefficiente, lenta, complicata e cioè inidonea a soddisfare i bisogni di tutela e di protezione del cittadino. Uno degli aspetti maggiormente problematici della giustizia amministrativa rimane la mancanza di una vera contrapposizione dialettica nei confronti della pubblica amministrazione soprattutto a fronte del grado di complessità a cui sono arrivati i rapporti tra cittadino ed Amministrazione<sup>74</sup>. Ritornando al filo conduttore che ha accompagnato questa brevissima disamina storica, il giudice amministrativo rimane quindi ancorato alla giurisdizione tipica che è quella di legittimità ed al giudizio sull'atto, rimanendo ancora “*oscuro*” il settore della giustizia amministrativa che è la giurisdizione

---

giudice amministrativo e come, soprattutto, essa debba essere intesa in modo diverso rispetto alla giurisdizione esclusiva che il legislatore del 1998 ha voluto attribuire al giudice attraverso la concessione di nuovi poteri istruttori e decisorii, così “*configurando una vera e propria disciplina speciale*”. Cfr. A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, *Cit.*, p. 136.

<sup>70</sup> Per una ricostruzione dell'ampio dibattito dottrinale e sulla interpretazione giurisprudenziale dell'articolo 26, comma 3, della Legge 1034/1971, si rinvia a M. Cantucci, *Primi orientamenti giurisprudenziali in materia di pronunce di condanna ex art. 26, comma 3 della Legge n. 1034 del 1971*, in *Il processo amministrativo, scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979, pp. 179 ss.; Per un approfondimento si rinvia a F.G. Scoca, *Tribunali Amministrativi Regionali (T.A.R.)*, in *Dizionario Amministrativo*, II, Milano, 1983, pp. 1555 ss..

<sup>71</sup> Così F.G. Scoca, *Tribunale Amministrativo Regionale (T.A.R.)*, *Cit.* p. 1556.

<sup>72</sup> Cfr. E. Capaccioli, *Per l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Il processo amministrativo, scritti in onore di Giovanni Miele*, *Cit.*, pp. 232-233.

<sup>73</sup> L'espressione è di M. Nigro, *La riforma del processo amministrativo*, Milano, 1980.

<sup>74</sup> Cfr. A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, *Cit.*, p. 25.

esclusiva<sup>75</sup>, con evidenti limitazioni al proprio potere cognitorio e decisorio, e cioè una tutela limitata alle azioni di annullamento ovvero, in tema di tutela di diritti soggettivi nelle materie in cui aveva una giurisdizione esclusiva, limitata alle sole azioni di accertamento e di condanna pecuniaria.

In altri termini, il ruolo ricognitivo e garantistico del processo si esprime contenendo, frenando e mortificando ogni potere cognitivo e decisionale del giudice costretto negli schemi dell'accertamento di conformità dell'atto alle regole di legittimità ed ancora lontano dall'assicurare sia la verità sia anche la certezza nei rapporti giuridici (e questa, invero, sembra essere una realtà alquanto prossima a quella che il Governo pare abbia voluto delineare all'indomani dello "sblocca Italia").

La "svolta", o comunque un primo barlume di cambiamento, si ha con il D. Lgs. 80/1998<sup>76</sup>, limitatamente alle materie ivi indicate, ma principalmente agli inizi del corrente secolo con la nota Legge del 21 luglio 2000 n. 205 che è stata pensata e varata per riequilibrare i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione<sup>77</sup>. In altri termini, è sempre più richiesto un ricorso di piena giurisdizione in grado di assicurare pienezza ed effettività della tutela indipendentemente dalla situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio attribuendo al giudice un ruolo centrale e da protagonista.

È, quindi, utile sottolineare come ancora nel 2000 fosse ancora necessario discutere di effettività delle tutele del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione e come tali interventi abbiano rappresentato un superamento dei *limiti storici* delle garanzie dei cittadini rispetto al potere della pubblica amministrazione ed al raggiungimento di una giurisdizione piena "*grazie alla concorrenza di una pluralità di azioni*" che consenta "*completezza ed effettività alla tutela giurisdizionale, indipendentemente dalle situazioni soggettive fatte valere*"<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> M. Nigro, *La riforma del processo amministrativo*, Cit., p. 15.

<sup>76</sup> Il rinvio, in particolare, è agli articoli 33, 34 e 35 della citata legge che hanno contribuito a superare il tradizionale modello del giudizio di legittimità "*costruito come un processo cassatorio, di annullamento (dell'atto amministrativo impugnato)*" ed affermare il nuovo modello di ricorso di piena giurisdizione "*edificato sul modello del processo sul rapporto ed il giudice amministrativo, è chiamato a disporre "anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto"*. Così A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Cit., p. 94.

<sup>77</sup> Cfr. M. Clarich, *Intervento in Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali*, Milano, 2004, p.234.

<sup>78</sup> L'espressione è di A. Police in *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Cit., p. 31.

Alla luce della superiore necessaria sintesi sulla evoluzione in centocinquanta anni del sistema processuale italiano, si comprende come l'intervento legislativo in commento che ha voluto incidere sul potere decisionale del giudice, sotto la spinta emotiva di un evento certamente tragico a seguito della nota vicenda di cronaca della esondazione del torrente Bisagno a Genova, non sia condivisibile e si scontri sul piano sistematico con l'assetto precedentemente e faticosamente costruito dal legislatore.

Il codice del processo amministrativo<sup>79</sup>, infatti, sul piano organizzativo, ha operato una sistemazione delle norme giuridiche razionalizzandole ed inserendole in un corpo unico rivolto alla parità delle parti ed all'effettività delle tutele<sup>80</sup>, mediante la costruzione di un sistema di tutele caratterizzato da una piena cognizione e da ampi poteri decisorî attraverso azioni "idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa"<sup>81</sup>.

Lo stesso Codice, infatti, ha affidato al giudice un sindacato discrezionale molto ampio soprattutto in materia di particolare rilievo ed interesse economico quali sono le procedure per l'affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture<sup>82</sup>.

Su tali materie al giudice amministrativo è rimesso un ampio potere quando, in particolare, è chiamato a valutare la struttura dell'interesse pubblico connesso alla realizzazione dell'opera e decidere se mantenere o meno l'efficacia del contratto in presenza delle esigenze imperative previste dall'articolo 121 del Codice, così come ha amplissimi poteri sulla pronuncia di inefficacia del contratto (articoli 121 e 122 del Codice) e sulle sanzioni alternative per l'ipotesi in cui l'efficacia sia mantenuta o temporaneamente limitata<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> Nella speranza tanto auspicata di spostare l'asticella delle tutele più in alto, così M. Nigro, *Crisi del giudizio di annullamento, prospettive e linee di tendenza del processo amministrativo*, in *Prospettive del processo amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, Padova, 1990. Sul processo di codificazione si veda M.V. Grazini, *Evoluzione storica*, in *Processo amministrativo* a cura di A. Police, Milano, 2012, pp. 2 ss.

<sup>80</sup> Il richiamo, in particolare, è certamente all'articolo 7 del Codice sul principio di effettività, così come al successivo articolo 133 dello stesso Codice sulla giurisdizione.

<sup>81</sup> Il riferimento letterale è all'art. 44, comma 2, lett. b, n. 4 della legge delega 69/2009.

<sup>82</sup> Si rinvia a: A. Pajno, *Il Codice del processo amministrativo fra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 9, 2010, pp. 885 ss.; L. Torchia, *Il nuovo Codice del processo amministrativo*, *Cit.*, pp. 1117 ss.; A. Travi, *Prime considerazioni sul codice del processo amministrativo: fra luci ed ombre*, in *Corr. Giur.*, 9, 2010, pp. 1125 ss..

<sup>83</sup> Cfr. A. Pajno, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, *Cit.*, pp. 54-55. Da ultimo, sul tema, si rinvia a S. Vaccari, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 C.P.A. come misura processuale soddisfattoria*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2015, pp. 255 ss., spec. pp. 311 ss. in cui l'Autore approfondisce la natura del potere giurisdizionale esercitato dal giudice sul contratto ed esclude che esso sia riconducibile nella categoria della giurisdizione di merito. Il detto potere, in particolare,

L'intervento del legislatore, in sede di conversione del decreto legge, appare quindi essere una misura restrittiva del potere dei giudici amministrativi tanto da essere interpretato dalla stessa giustizia amministrativa quale misura punitiva in risposta al dibattito sorto e sviluppatosi sull'attuale ruolo nell'ordinamento dei magistrati amministrativi, che sono stati non di rado oggetto di rilievi e critiche anche accese, tanto da portare la stessa opinione pubblica ad interrogarsi sulla necessità di avere ancora oggi un giudice amministrativo<sup>84</sup>.

Non è questa la soluzione. Non è, cioè, limitando con interventi legislativi il potere cognitivo e decisionale del giudice che si risolverà il problema della crescita economica ovvero della stabilità del sistema. Non è, quanto meno, con interventi "a singhiozzo" e non sistematici che, oltretutto, pongono molteplici problemi interpretativi, che si potrà evitare che il giudice amministrativo non sia più uno strumento di instabilità ma di certezze.

## **6. La conversione del decreto legge e l'ambito applicativo della norma.**

A questo punto dell'analisi, avendo approfondito la *ratio* dell'intervento legislativo e l'assetto della giustizia amministrativa nella quale esso si colloca, si possono esaminare quali sono le modificazioni che si ritengono di rilevante importanza processuale contenute nello "sblocca Italia".

In particolare, nel capo relativo alle misure per la semplificazione burocratica, è stato inserito, in sede di conversione in legge, il comma 2 *sexies* secondo cui le esigenze di tutela dell'*incolumità pubblica* devono essere ricomprese tra le *esigenze imperative connesse a un interesse generale* in presenza delle quali il codice del processo amministrativo (e, precisamente, l'articolo 121) consente di conservare efficacia al

---

rientrerebbe nei termini di un "*giudizio secondo diritto*" in cui il giudice non opererebbe valutazioni di opportunità ma applicherebbe esclusivamente "*parametri normativi, seppure formulati in termini ampi con clausole generali, quali sono quelli previsti negli artt. 121 e 122 c.p.a.*". In tale prospettiva i poteri di bilanciamento degli interessi contrapposti rientrerebbero all'interno della giurisdizione di legittimità e di quella esclusiva che, nel tempo, si è ormai affrancata dal tradizionale giudizio solo sull'atto e si è ormai consolidata in giudizio sul rapporto attraverso la combinazione della pluralità delle azioni previste nel codice del processo amministrativo.

<sup>84</sup> Così il Presidente del Consiglio di Stato, G. Giovannini, alla recente cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2015, sul tema delle prospettive della giustizia amministrativa, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).



contratto di aggiudicazione dei lavori pubblici stipulato in violazione di legge, che sarebbe altrimenti da annullare<sup>85</sup>.

È altresì previsto che nel caso di procedure ad evidenza pubblica avviate o da avviarsi ovvero di redazione di verbale di somma urgenza per interventi connessi allo stato di calamità ovvero, ancora, nei casi disciplinati dal comma 1 dell'articolo 9 della legge, se l'opera pubblica da realizzare viene qualificata dalla stessa stazione appaltante dinanzi al giudice amministrativo adito in sede cautelare come attività finalizzata a tutelare l'*incolumità pubblica*, il giudice amministrativo potrebbe concedere la sospensione del provvedimento solo se ritenga che l'estrema gravità e urgenza che motivano la domanda cautelare del ricorrente siano prevalenti sulle esigenze della stessa incolumità pubblica.

La superiore riforma pone alcune problematiche.

Non è innanzitutto chiaro l'ambito di applicazione della riforma, vale a dire se tali vincoli al potere valutativo e decisorio del giudice in sede cautelare siano esclusivamente limitati agli interventi di estrema urgenza in materia di vincolo idrogeologico, di normativa antisismica e di messa in sicurezza degli edifici scolastici e dell'Alta formazione artistica, musicale e coreutica, e cioè le materie che sono contenute nel titolo dello stesso articolo 9 in cui, in sede di conversione, è stato inserito il comma 2 *sexies*, ovvero, più in generale, se essa sia una disposizione che incida sull'articolo 119 c.p.a. per gli appalti di opere pubbliche.

La questione, come è intuitivo, non è di poco conto e le perplessità nascono dal tenore letterale dello stesso comma 2 *sexies* non essendo affatto chiara l'intenzione del legislatore.

Innanzitutto il legislatore, nel primo periodo del citato comma, richiama espressamente l'articolo 121, comma 2 del codice, precisando che costituiscono

---

<sup>85</sup> Per un commento dell'articolo 121 CpA si rinvia a: A. Carbone, *Commento agli artt. 121-122*, in *Codice della giustizia amministrativa* (a cura di G. Morbidelli), *Cit.*; G. Chinè – D. Fata - M. Sanino, *Commento agli artt. 121-124*, in *Codice del processo amministrativo* (a cura di M. Sanino), *Cit.*; R. De Nictolis, *Commento agli artt. 121-125*, in *Il processo amministrativo* (a cura di A. Quaranta – V. Lopilato), *Cit.*. Si veda anche N. Paolantonio, *I riti compatti*, in *Giustizia amministrativa* (a cura di F.G. Scoca), Torino, 2014, pp. 512 ss..

esigenze imperative connesse a un interesse generale quelle funzionali alla tutela dell'incolumità pubblica<sup>86</sup>. Null'altro.

Il legislatore, senza neanche preoccuparsi delle “ricadute” sull'intero sistema, laconicamente, richiama un principio già noto all'ordinamento giuridico italiano, quale è quello della “*incolumità pubblica*”<sup>87</sup>, equiparandone gli effetti alle “*esigenze imperative*” di cui all'articolo 121 del codice.

Stando al tenore letterale della norma, quindi, ove un'opera pubblica da realizzare, indipendentemente dalle ragioni che richiedono l'intervento (e cioè indipendentemente da interventi di estrema urgenza in materia di vincolo idrogeologico, di normativa antisismica e di messa in sicurezza degli edifici scolastici e dell'Alta formazione artistica, musicale e coreutica), sia necessaria per tutelare la incolumità pubblica, il contratto resterà efficace anche in presenza di gravi violazioni. Posto che in materia di ordine e sicurezza pubblica, e cioè in materie che sono proprio collegate al concetto di incolumità pubblica, il potere di un sindaco di emettere ordinanze contingibili ed urgenti<sup>88</sup> riguarda le materie più disparate che vanno dall'accattonaggio molesto alla prostituzione su strada, dall'intralcio alla pubblica viabilità all'abuso di bevande alcoliche, una stazione appaltante potrebbe anch'essa mutuare detta fervida creatività per ricondurre all'interno dell'alveo della nozione di pubblica incolumità di un'opera le esigenze più diverse. Ciò sarebbe aggravato, come si vedrà a breve, dalla circostanza che la detta qualificazione è rimessa unilateralmente alla stessa stazione appaltante e senza che sia prevista una minima giustificazione e motivazione di tale scelta.

Appare evidente come le superiori difficoltà interpretative, che non sono solo formali potendo avere delle ricadute concrete sull'intero sistema di tutele, siano “semplicemente” il frutto di una frettolosa e male ponderata modificazione dell'articolo 9 in sede di conversione.

---

<sup>86</sup> Si rinvia sul tema della sussistenza di esigenze imperative e del mantenimento degli effetti del contratto, con applicazione di sanzioni alternative, a: A. Bartolini - S.Fantini - F.Figorilli, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, *Cit.*, p.652.

<sup>87</sup> Per un approfondimento si rinvia a: G. Caia, *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. Cassese, I, Milano, 2003, p. 284; C. Meoli, *Il potere di ordinanza del Sindaco in materia di incolumità pubblica e di sicurezza urbana*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 6, 2009, pp. 682 ss..

Anzi, la stessa magistratura amministrativa, per il tramite del Presidente del Consiglio di Stato, alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2015<sup>89</sup>, commentando proprio l'articolo 9, comma 2 *sexies*, ha chiarito la "inutilità" della stessa disposizione posto che essa ha voluto ribadire un principio già ampiamente applicato dai giudici amministrativi, e cioè il principio secondo cui la efficacia dei contratti debba essere mantenuta e la domanda di sospensiva debba essere respinta in caso di prevalenza dell'interesse pubblico al celere avvio delle prestazioni che formano oggetto dell'appalto.

La questione sulla definizione dei confini di applicazione della riforma si complica, e non poco, proseguendo con il secondo periodo della disposizione in commento, secondo cui *"nei casi di procedure ad evidenza pubblica avviate o da avviarsi, in quelli conseguenti alla redazione di verbale di somma urgenza per interventi conseguenti alla dichiarazione dello stato di emergenza, nonché nei casi di cui al comma 1 dello stesso articolo<sup>90</sup>, il tribunale amministrativo regionale, nel valutare l'istanza cautelare, può accoglierla unicamente nel caso in cui i requisiti di estrema gravità e urgenza previsti dall'articolo 119, comma 4, del codice siano ritenuti prevalenti rispetto alle esigenze di incolumità pubblica evidenziate dalla stazione appaltante. Nei detti casi il tribunale amministrativo regionale fissa la data di discussione del merito del giudizio ai sensi del medesimo articolo 119, comma 3 del codice"*.

Stando sempre al tenore letterale della norma in commento, le limitazioni al potere cautelare del giudice amministrativo si applicherebbero in tre ipotesi: la prima, in generale, *nei casi di procedure ad evidenza pubblica avviate o da avviarsi*; la seconda nei casi (ritenendosi che la espressione *"in quelli"* si debba ricondurre a *"nei casi"*)

---

<sup>88</sup> Il riferimento, in particolare, è all'art. 6 del d.l. n. 92/2008, convertito in l. 125/2008, che ha riformulato l'art. 54 del Tuel (decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267), concernente appunto le attribuzioni del sindaco a tutela dell'incolumità pubblica e della sicurezza urbana.

<sup>89</sup> In [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>90</sup> L'articolo 9, comma 1 recita testualmente: *"costituisce "estrema urgenza", la situazione conseguente ad apposita ricognizione da parte dell'Ente interessato che certifica come indifferibili gli interventi, anche su impianti, arredi e dotazioni, funzionali: a) alla messa in sicurezza degli edifici scolastici di ogni ordine e grado e di quelli dell'alta formazione artistica, musicale e coreutica (AFAM), comprensivi di nuove edificazioni sostitutive di manufatti non rispondenti ai requisiti di salvaguardia della incolumità e della salute della popolazione studentesca e docente; b) alla mitigazione dei rischi idraulici e geomorfologici del territorio; c) all'adeguamento alla normativa antisismica; d) alla tutela ambientale e del patrimonio culturale."*

*conseguenti alla redazione di verbale di somma urgenza per interventi conseguenti alla dichiarazione dello stato di emergenza; la terza ed ultima nonché nei casi di cui al comma 1 dello stesso articolo.*

È evidente come si ripropongano le stesse perplessità poc'anzi esposte in merito all'ambito di applicazione oggettivo di dette disposizioni, rilevandosi come se il legislatore avesse voluto limitare la applicazione della riforma alle sole materie indicate nel titolo dell'articolo 9 non avrebbe dovuto utilizzare la detta formulazione, e cioè non avrebbe dovuto fare genericamente riferimento alle procedure ad evidenza pubblica avviate o da avviarsi, così come non avrebbe avuto motivo di precisare come la limitazione al potere cautelare si applichi anche (l'espressione utilizzata è "nonché") alle materie elencate nel comma 1 dell'articolo 9, e cioè le medesime materie che sono individuate nella rubrica del citato articolo. In altri termini l'utilizzo del "nonché" rimanda alla possibilità per il legislatore che tale disposizione si applichi anche ad altre e diverse materie.

Del resto una differente e più restrittiva lettura della superiore disposizione determinerebbe una violazione rispetto al parametro dell'uguaglianza della tutela giurisdizionale in relazione agli articoli 3 e 24 della nostra Costituzione.

Diversamente opinando, infatti, sebbene il comma 2 *sexies* sia inserito all'interno dell'articolo 9, e ciò potrebbe indurre a ritenere che esso sia applicabile solo alle materie indicate nello stesso titolo dell'articolo, sarebbe alquanto criticabile sostenerne una applicazione limitata. Sarebbe, inoltre, incostituzionale, per le ragioni richiamate, sostenere che le esigenze di salvaguardi della incolumità pubblica costituiscano una esigenza imperativa per mantenere in vita un contratto solo per la realizzazione delle opere individuate nel titolo del citato articolo e non sia, invece, applicabile anche ad ulteriori contratti e procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche che, seppure necessarie per la tutela della incolumità pubblica, non rientrino tra le materie indicate nel titolo dell'articolo 9.

A titolo di mero esempio, volendo dare una interpretazione restrittiva e ritenendosi che il comma 2 *sexies* si applichi solo alle materie e fattispecie indicate nel titolo dell'articolo 9, si giungerebbe al paradosso (ed all'incostituzionale) risultato che nella procedura per l'affidamento di un appalto di messa in sicurezza di una Università, di un Tribunale, di un qualunque altro edificio pubblico che non sia un edificio

scolastico e dell'Alta formazione artistica, musicale e coreutica, il cui intervento sia urgente e necessario per sanare criticità strutturali pur se per motivi diversi da dissesti idrogeologici o sismici, e cioè fuori dalle ipotesi indicate dal titolo dell'articolo 9, non sarebbe applicabile la disposizione in commento.

Che differenza ci sarebbe, in termini di tutela della incolumità pubblica, tra una scuola ed un Tribunale o, ancora, tra un edificio dell'Alta formazione artistica ed una Università? La risposta potrebbe essere solo una: nessuna differenza.

La confusione è ulteriormente alimentata dal richiamo nella norma in commento agli *interventi conseguenti alla dichiarazione dello stato di emergenza*, considerato che, come è noto, lo stato di emergenza può essere dichiarato sia per motivi attinenti a eventi meteorologici, alluvioni, dissesti idrogeologici ed eventi sismici (e cioè tutti motivi rientranti nella rubrica dell'articolo 9), sia anche per emergenze di traffico e mobilità, per motivi sanitari, ecc., e cioè per ragioni che non sono strettamente connesse alla realizzazione di opere pubbliche riconducibili a calamità naturali <sup>91</sup>.

Le superiori riflessioni sull'ambito oggettivo di applicazione del comma 2 *sexies* dell'articolo 9 oltre ad avere certamente rilevanza "pratica", rilevano anche sull'intero sistema della giustizia amministrativa, posto che una applicazione "generalizzata" della disposizione in commento condurrebbe ad una limitazione, altrettanto generalizzata, del potere cautelare in tema di affidamento di appalti di lavori pubblici.

## **7. Criticità dell'articolo 9, comma 2 *sexies*.**

Tornando alla tecnica legislativa della riforma in sede di conversione del decreto "sblocca Italia", emergono non poche perplessità anche di natura sostanziale.

In particolare, non è precisato il momento nel quale la stazione appaltante possa dichiarare la esigenza di incolumità pubblica dell'opera; non è chiaro, in altri termini, se tale qualificazione debba avvenire al momento della pubblicazione del bando ovvero se la stazione appaltante possa farlo anche, per la prima volta, in giudizio.

Se la stazione appaltante avesse la facoltà di evidenziare le esigenze di incolumità pubblica dell'opera anche per le procedure di gara già avviate e di poterlo fare per la

prima volta perfino all'udienza cautelare, ciò porrebbe ulteriori profili di incostituzionalità rispetto agli articoli 3, 24 e, soprattutto, rispetto all'articolo 111 della nostra Costituzione posto che verrebbe fortemente compromesso il diritto di difesa del ricorrente che apprenderebbe della detta qualifica solo in sede cautelare con evidente disparità di trattamento tra le parti e senza che gli sia offerta la possibilità di difendersi e controdedurre<sup>92</sup>.

La modificazione, altresì, avrebbe anche effetti e ricadute sull'articolo 124 del c.p.a. posto che escludendosi per volontà della stessa stazione appaltante la tutela in forma specifica del ricorrente, il giudice non potrà né dichiarare inefficace il contratto pur in presenza di gravi violazioni né potrà sospendere cautelativamente la procedura, dovendo limitare la propria cognizione e decisione ad un eventuale risarcimento per equivalente<sup>93</sup>.

Un ulteriore aspetto critico della riforma sarebbe da individuare nella mancanza di ogni obbligo di motivazione delle esigenze di incolumità pubblica e, eventualmente, aspetto ancora più problematico se riferito sempre al diritto di difesa delle parti, alla sindacabilità della dichiarazione di incolumità pubblica da parte di un organo terzo ed imparziale.

In altri termini, assume rilievo la esigenza di tutela del ricorrente in merito alla effettiva sussistenza dei presupposti per la qualificazione dell'opera come necessaria per la tutela dell'incolumità pubblica e, soprattutto, la necessità che al giudice amministrativo sia attribuito il potere di sindacare la scelta della pubblica amministrazione, posto che diversamente opinando verrebbe aprioristicamente accordata preminenza agli interessi pubblici per volontà unilaterale ed insindacabile della stessa stazione appaltante, e cioè per volontà di un soggetto che sarebbe parte processuale e la cui attività, legittima o meno, sarebbe proprio l'oggetto del giudizio.

---

<sup>91</sup> Si rinvia agli articoli 1 *bis* e 2 della l. 64/1992, come recentemente modificata dal d.l. 59/2012, che, in merito alle finalità della Protezione civile, forniscono indicazioni sugli eventi che possono costituire uno stato di emergenza.

<sup>92</sup> Sul tema si rinvia a F. Merusi, *Sul giusto processo amministrativo*, *For. Amm. – C.d.S.*, 4, 2011, pp. 159 ss.

<sup>93</sup> Sul tema si rinvia a: G. Mari, *La tutela in forma specifica e per equivalente nelle controversie relative alle procedure di affidamento di appalti pubblici*, in *Il nuovo processo amministrativo* (a cura di M.A. Sandulli), II, Milano, 2013, pp. 367 ss.; A. Travi, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 1, 2001, pp. 7 ss.; P. Virga, *La reintegrazione in forma specifica*, in *www.giustamm.it*.

Detta questione è di particolare rilievo posto che stando al tenore dell'intervento legislativo in commento non è chiaro il procedimento amministrativo che la stazione appaltante dovrà seguire per dichiarare la esigenza di incolumità pubblica dell'opera da realizzare con evidenti ripercussioni sui diritti di difesa dei privati. Tale aspetto si acuisce se l'ambito di operatività dell'intervento legislativo si amplia oltre ai confini delle materie indicate nel titolo dell'articolo 9.

In altri termini, secondo il legislatore, le esigenze di incolumità pubblica, ovvero quella di realizzare comunque le opere connesse alla procedura di appalto, sembrerebbe prevalente sulle esigenze del rispetto della legalità nelle procedure di appalto.

È chiaro che, come abbiamo già esposto, il detto intervento del legislatore assume notevole rilievo sistematico in considerazione dell'interesse concreto che il sistema processuale amministrativo ha rivolto negli ultimi venti anni alla fase cautelare rispetto anche alla fase di cognizione, avendolo ritenuto l'unico strumento in grado di operare effettivamente in tempo reale<sup>94</sup> al punto tale da crearsi un evidente "paradosso" di una tutela cautelare più completa per intensità e tempi di quella rappresentata dal giudizio di cognizione<sup>95</sup>.

Allo stato non è possibile conoscere gli effetti che detto intervento legislativo avrà sul sistema della giustizia amministrativa essendo mancante un viatico giurisprudenziale già sperimentato, ma è ragionevole prevedere che, in concreto, gli effetti di tale disposizione condurranno ad una "paralisi" del potere cautelare dei giudici posto che, inevitabilmente, gli interessi (economici) dei ricorrenti in materia di appalti di opere pubbliche saranno valutati dal giudice amministrativo, giustamente, meno rilevanti rispetto all'interesse di salvaguardia della pubblica incolumità (così determinata dalla stessa pubblica amministrazione).

In altri termini, ed è anche comprensibile, nessun giudice si assumerà la responsabilità di sindacare, in sede cautelare, la legittimità di una gara avente ad oggetto la

---

<sup>94</sup> In questi termini S. Giacchetti, *La crisi di effettività della giustizia amministrativa e il ruolo del giudizio di ottemperanza*, Milano, 1993, p.64.

<sup>95</sup> In termini F. Cintioli, *L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, *Cit.*, p. 58.

realizzazione di una opera pubblica dichiarata dalla stessa stazione appaltante di interesse per la tutela della incolumità pubblica<sup>96</sup>.

Ed il problema è proprio quest'ultimo. Non si discute, infatti, sul condivisibile risultato che la misura cautelare non venga concessa quando l'opera da realizzare sia collegata alla tutela della incolumità pubblica, piuttosto è criticabile che sia la stessa stazione appaltante a decidere unilateralmente la attribuzione di tale interesse condizionando il successivo sindacato del giudice.

Il tentativo del legislatore di ridurre il potere cautelare del giudice per favorire la realizzazione di infrastrutture pubbliche non è, del resto, una novità dei giorni nostri.

È noto, infatti, che per le controversie in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici di interesse nazionale l'articolo 14 del D. Lgs. 190/2002, con la c.d. legge "obiettivo", in attuazione della legge delega n. 443/2001, successivamente oggetto di specifica previsione all'articolo 246 del D. Lgs. 163/2006 ed oggi confluito con modificazioni nell'articolo 125 del codice<sup>97</sup>, prevede una disciplina "specialissima" con limitazioni all'esercizio del potere cautelare dei giudici.

Detta disposizione è stata al centro di un attento dibattito dottrinario circa la legittimità della stessa che aprioristicamente riconosce preminenza all'interesse nazionale alla realizzazione dell'opera rispetto a quello del ricorrente alla tutela cautelare, imponendo al giudice maggiori oneri e limitazioni per giustificare l'eventuale adozione della misura cautelare<sup>98</sup>. Ma, diversamente dalla riforma in commento, l'ambito applicativo dell'articolo 125 del codice è, quantomeno,

---

<sup>96</sup> Si segnali come non sia una "invenzione" dei giorni nostri l'idea di eliminare il potere cautelare dei giudici amministrativi in materia di appalti di opere pubbliche, con il conseguente potere del giudice amministrativo di prevedere solo una condanna al risarcimento del danno per equivalente. Tale impostazione è stata ampiamente criticata da G. Virga, *Silvio Spaventa, chi era costui? (a proposito di abolire "l'anomalo" potere cautelare dei T.A.R. in materia di appalti di opere pubbliche)*, in *www.giustamm.it*, 1999, in cui si riportano ulteriori "malumori" che imputerebbero ai giudici amministrativi "con le loro "anomale" ordinanze cautelari, ad intralciare il "regolare" affidamento di importanti lavori pubblici e, quindi, in definitiva, a frenare "la competitività del nostro sistema infrastrutturale", contribuendo ad incrementare la disoccupazione". Nel 1999 la limitazione del potere cautelare nelle controversie in materia di appalto è intesa quale "grave arretramento ed un indubbio vulnus al sistema di garanzie dei cittadini faticosamente conquistato".

<sup>97</sup> Si rinvia al commento di: R. De Nictolis, *Commento agli artt. 121-125*, in *Il processo amministrativo* (a cura di A. Quaranta – V. Lopilato), *Cit.*; M. Lipari, *Commento all'art. 125*, in *Codice della giustizia amministrativa* (a cura di G. Morbidelli), *Cit.*; G. Ruggiero, *Commento all'art. 125*, in *Codice del processo amministrativo* (a cura di M. Sanino), *Cit.*

<sup>98</sup> Per una analisi prima della Direttiva ricorsi 2007/66/CE si rinvia: M.A. Sandulli, *Brevi riflessioni su alcune recenti tendenze all'incertezza del diritto*, *Cit.*, pp. 125 ss; C. Volpe, *Risoluzione delle*



predeterminato dal legislatore nel senso che le infrastrutture di interesse nazionale sono individuate secondo criteri e procedure prestabilite normativamente e non sono rimesse alla dichiarazione unilaterale della stessa stazione appaltante, e cioè alla dichiarazione di un soggetto che è parte del processo con evidenti problemi di compatibilità con i principi costituzionali e comunitari per violazione del diritto di difesa e del giusto processo<sup>99</sup>.

Ciò, invero, è quanto accadrebbe con la riforma voluta dal Governo in sede di conversione del decreto “sblocca Italia”, in cui la limitazione del risarcimento in forma specifica dell’operatore economico, conseguente alla limitazione del potere cognitivo e decisorio dei giudici, sarebbe rimesso alla volontà della stessa stazione appaltante, e cioè alle determinazioni incontrollate ed incontrollabili di una parte del processo in cui si sindaca il proprio operato.

---

*controversie e norme processuali nella legge obiettivo Alcune considerazioni sugli artt. 12 e 14 del d. lgs. 20 agosto 2002, n. 190, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).*

<sup>99</sup> La normativa comunitaria 2007/66/CE, recepita inizialmente con il D. Lgs. 20 marzo 2010 n. 53 e poi definitivamente confluita nel codice del processo amministrativo, pone al centro della propria disciplina la volontà del legislatore di tutelare l’interesse dell’operatore economico a conseguire il contratto. In tale prospettiva l’azione di annullamento perde la sua centralità e la tutela è piena quando l’operatore economico conserva la possibilità di conseguire il contratto. In tale ottica la limitazione preordinate dello strumento cautelare pone certamente problemi di compatibilità con il diritto comunitario ed è *assolutamente necessario presidiare il congelamento della fase contrattuale in sede cautelare*. Così A. Bartolini - S.Fantini - F.Figorilli, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, *Cit.*, p.651. Sulla influenza del diritto comunitario sul diritto amministrativo la letteratura è sovrabbondante. Senza animo di completezza, per un approfondimento, si rinvia a: F. Astone, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Napoli, 1999; R. Caranta, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992; S. Cassese, *I lineamenti essenziali del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comm.*, 1, 1991, pp. 3 ss.; G.D. Falcon, *Alcune osservazioni sullo sviluppo del diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 1993, pp. 74 ss.; G. Greco, *Il diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 1993, pp. 85 ss.; E. Picozza, *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 1998. In particolare, per l’influenza del diritto comunitario sulla disciplina in tema di appalti di opere pubbliche: A. Bartolini – S. Fantini, *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urb. App.*, 10, 2008, pp. 1093 ss.; M.P. Chiti, *L’effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, *Cit.*, pp. 499 ss.; G. Cugurra, *Direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 1989, pp. 357 ss.; F. Saitta, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010; L. Giampaolini, *Gli investimenti nelle Opere Pubbliche nel contesto del contenimento della spesa e lo scenario delle realizzazioni delle opere pubbliche in Italia. Le più frequenti criticità riscontrate e le criticità sistematiche: dalla iper-regolamentazione all’invasività giudiziaria. La corruzione e i “quattro pilastri” per la sua lotta: l’etica, la trasparenza verso l’uso dell’ICT, la semplificazione e il controllo*, *Cit.*; R. Politi, *Il contenzioso in materia di appalti: dal recepimento della Direttiva ricorsi al Codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2010; M. Protto, *L’effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, *Cit.*; G. Quadri, *La giustizia amministrativa nell’Unione europea tra “droit administratif” e “common law”*, in *Stud. Norm. Econ.*, 1, 1998, pp. 159 ss.; M. Ramajoli, *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2011.

## 8. La giurisdizione del giudice amministrativo è esclusiva ma è ancora “piena”?

I superiori spunti di approfondimento pongono una domanda: un sistema processuale che consenta una tutela solo per equivalente, sottraendo ogni tipo di valutazione al giudice, può essere considerato ancora un sistema che consenta una tutela piena?

Con il titolo del presente paragrafo, infatti, si è voluto parafrasare il titolo di un articolo di A. Police<sup>100</sup> che pone una questione ancora oggi di stretta attualità, come dimostra l'intervento legislativo in commento, mettendo in forte discussione il ruolo del giudice amministrativo ed i poteri cognitori e decisorio dello stesso.

Il rischio, più che concreto, con la modifica voluta dallo “sblocca Italia” (sul cui ambito di operatività si è già detto), è di limitare il sindacato del giudice a seguito di scelte unilaterali della stessa stazione appaltante, e cioè a seguito di valutazioni della stessa pubblica Amministrazione parte in causa nel futuro giudizio amministrativo.

Tale scelta legislativa è poco condivisibile nonostante essa tenda a salvaguardare un interesse di primaria importanza quale è la pubblica incolumità.

Guardando oltre all'intervento legislativo, volendo cioè spendere alcune riflessioni sull'attuale ruolo del giudice amministrativo in tale intricata vicenda, si potrebbe leggere lo “sblocca Italia” come un appello del potere politico rivolto alla magistratura amministrativa per dare maggiori certezze e stabilità al sistema, esortando il giudice ad intervenire con estrema saggezza su tutte quelle materie che hanno una pregnante rilevanza per il pubblico interesse, così anche da ridurre al minimo l'uso (o l'abuso) della tutela cautelare.

Certo, così come è stato congegnato, l'intervento legislativo è tutt'altro che chiarificatore diventando esso stesso elemento di complicazione del sistema piuttosto che di semplificazione e di stabilità, potendo anche essere inteso quale strumento per sovvertire il modello di tutele disciplinato dal codice ed imbrigliare con “lacci e

---

<sup>100</sup> A Police, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 9, 2004, pp. 974 ss., in cui l'Autore, a seguito della nota sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004, riferisce come la stessa Consulta abbia ribadito non soltanto la “pienezza della <<dignità di giudice>> che si è riconosciuta al giudice amministrativo, ma anche nella esigenza di pienezza della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive”, p. 976, anche se essa non sia più “esclusiva” a seguito della pronuncia di incostituzionalità degli articoli 33 e 34 del D. Lgs. 80/1998.

lacciuoli<sup>101</sup>” il potere cautelare del giudice, incidendo così profondamente sulla effettività e sulla pienezza della tutela<sup>102</sup>.

Del resto la stessa vicenda processuale che si ritiene sia stata la “scintilla” dell’intervento legislativo non giustifica una tale limitazione al potere cognitivo e decisorio del giudice. Il Tribunale di Genova, infatti, in sede cautelare, interessato della vicenda relativa al torrente Bisagno<sup>103</sup>, ha sapientemente valutato e comparato gli interessi pubblici e privati contrapposti, ritenendo nella fattispecie prevalente “*comunque l’interesse pubblico al celere avvio delle prestazioni che formano oggetto dell’appalto*”<sup>104</sup>.

Nello stesso senso sono rinvenibili ulteriori provvedimenti dei giudici amministrativi con cui, in tema di appalti di lavori pubblici, hanno dato ampiamente atto di utilizzare gli strumenti processuali previsti dal codice e, con estrema prudenza, hanno bilanciato gli interessi contrapposti senza concedere la misura cautelare e fissando l’udienza di merito entro i termini di cui agli articoli 55 comma 10 e 120 comma 6 del c.p.a.<sup>105</sup>.

---

<sup>101</sup> L’espressione è richiamata da A. Police, *Responsabilità della P.A. per illegittima aggiudicazione ed esigenze di “stabilità” dei contratti di opera pubblica*, Cit., p. 117.

<sup>102</sup> Si richiama per uno studio approfondito del tema A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo, contributo alla teoria dell’azione nella giurisdizione esclusiva*, II, Cit..

<sup>103</sup> La norma in commento sembra che sia stata inserita in sede di conversione come risposta del Governo a seguito dei noti fatti di cronaca che nell’ottobre 2014 hanno riguardato il torrente Bisagno in Genova e l’alluvione conseguente al suo straripamento che ha provocato vittime e danni materiali ingenti. Nei giorni immediatamente successivi all’accaduto le conseguenze di tale evento naturale sono state addebitate a responsabilità della giustizia amministrativa che, a seguito di ricorso, avrebbe “bloccato” in via cautelare i lavori per migliorare il deflusso delle acque del torrente.

<sup>104</sup> Ordinanza cautelare T.A.R. Liguria Genova, 24.8.2012 n. 302. La vicenda processuale si è definita innanzi al T.A.R. Liguria Genova con sentenza 21.2.2013, n. 351, e dispositivo di sentenza precedentemente pubblicato il 21.1.2013, n. 156, con la quale è stata dichiarata illegittima la procedura di gara, rilevando che “*non vi è luogo, infine, a provvedere sulle domande volte alla declaratoria di inefficacia e al subentro nel contratto, atteso che, nelle more del giudizio, l’amministrazione appaltante non ha ritenuto di dare luogo alla stipulazione dello stesso*”. La sentenza è stata successivamente appellata ed il Consiglio di Stato, Sez. IV, con sentenza 20.1.2014, n. 252, in accoglimento della eccezione pregiudiziale di incompetenza del T.A.R. Liguria ha ritenuto competente il T.A.R. per il Lazio ai sensi dell’art. 135 comma 1 lettera e) del codice del processo amministrativo. Il successivo giudizio innanzi al T.A.R. Lazio è stato definito con sentenza 3.10.2014, n. 10187, con la quale è stato rigettato il ricorso confermando la legittimità della procedura di gara, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>105</sup> Ordinanza cautelare T.A.R. Emilia Romagna Bologna, 9.4.2015, n. 113, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Si veda anche T.A.R. Emilia Romagna Parma, 29.1.2015, n. 22, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in cui il giudice amministrativo rileva che “*nel bilanciamento degli interessi debba accordarsi prevalenza a quello pubblico alla tutela della salute della collettività, interesse rispetto al quale l’utilità economica del ricorrente assume necessariamente carattere recessivo*”.

Proprio con riferimento all'articolo 120, comma 6 del c.p.a.<sup>106</sup>, non deve essere trascurata la circostanza che lo stesso legislatore, qualche mese prima rispetto al decreto “sblocca Italia”, con il D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114, era già intervenuto sul processo amministrativo e, in particolare, lo aveva fatto proprio in materia di appalti con significative modifiche<sup>107</sup>.

In particolare, nel comma 1 dell'articolo 40 del D.L. n. 90 citato, relativo alla accelerazione della definizione del merito dei ricorsi in materia di appalti, si prevede che il giudizio, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, venga comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente.

La superiore circostanza pone una ulteriore ombra sulla valutazione sistematica dell'articolo 9, comma 2 *sexies* dello “sblocca Italia” non essendo esso giustificabile a fronte di un precedente intervento legislativo che, cercando di rendere più efficienti gli uffici giudiziari, ha “super-accelerato” in materia di appalti. In altri termini, da un lato, si chiede al giudice amministrativo di decidere tutto e subito, con notevoli sforzi organizzativi degli stessi uffici giudiziari, ma, dall'altro, pochi giorni dopo si incide profondamente sui poteri decisorii del giudice stesso, cambiando radicalmente strategia ed impostazione.

Non solo. Il D.L. n. 90/2014 ha apportato significative modificazioni anche in merito alla possibilità di sanare eventuali vizi formali nella procedura di presentazione delle offerte salvo il pagamento di una eventuale sanzione pecuniaria. Ed anche in merito a tali mutamenti voluti dal legislatore nel campo della contrattualistica pubblica, il giudice amministrativo ha dato atto di cogliere i nuovi strumenti offerti dal codice e di utilizzarli con estrema sapienza. In tal senso, quindi, la magistratura amministrativa

---

<sup>106</sup> Per un commento dell'articolo 120 CpA si rinvia a: S. Cresta, *Commento all'art. 120*, in *Codice nuovo processo amministrativo* (a cura di F. Caringella – M. Protto), Roma, 2013; R. Giovagnoli, *Commento agli artt. 119-120*, in *Il processo amministrativo* (a cura di A. Quaranta – V. Lopilato), *Cit.*; M. Lipari, *Commento all'art. 120*, in *Codice della giustizia amministrativa* (a cura di G. Morbidelli), *Cit.*; G. Ruggiero, *Commento all'art. 120*, in *Codice del processo amministrativo* (a cura di M. Sanino), *Cit.*.

<sup>107</sup> Si rinvia a R. De Nictolis, *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014*, *Cit.*, pp. 1157 ss., spec. p. 1163. Il sistema anteriore alla modifica del D.L. 90/2014 prevedeva che l'udienza di merito fosse fissata “immediatamente e con priorità assoluta” affidando una maggiore flessibilità ai giudici. La nuova disciplina riprende, come impostazione, la disciplina di cui all'articolo 245 codice appalti, prima

sembra che abbia saputo ancora una volta adeguare il proprio ruolo alle esigenze dei tempi badando molto meno al formalismo degli atti e molto più alla loro sostanza ed all'interesse pubblico che con l'atto si intende perseguire<sup>108</sup>.

Giustificate, quindi, si ritengono le sensazioni della magistratura amministrativa che legge tra le righe dell'articolo 9, comma 2 *sexies* dello "sblocca Italia" una riforma per motivi sanzionatori piuttosto che per ragioni e logiche giuridiche e di sistema.

A questo punto dell'analisi, ritornando alla domanda inizialmente posta, si può ritenere che l'attuale sistema processuale amministrativo consenta ancora oggi al giudice di amministrativo di garantire una tutela piena al cittadino, nonostante i detti tentativi legislativi di senso contrario, attraverso il riconoscimento della tutela risarcitoria per equivalente anche nella ipotesi in cui il potere decisorio sia preventivamente limitato ed "inibito" per scelte del legislatore stesso.

Il tema, in tale prospettiva, sposta la problematica sulla effettività del risarcimento del danno per equivalente e sulle difficoltà che attualmente ravvisa la dottrina e la stessa giurisprudenza in tema di quantificazione del danno occorso al concorrente, aspirante aggiudicatario, pregiudicato dallo svolgimento scorretto della gara<sup>109</sup>. L'operatore economico, in altri termini, nella ipotesi in cui il giudice amministrativo ritenga prevalente l'interesse pubblico alla conservazione degli effetti del contratto anche in caso di aggiudicazione illegittima, a fronte di una esclusione della tutela in forma specifica dovrà ottenere "*tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*"<sup>110</sup>. Diversamente, una simile limitazione di tutele sarebbe contrario sia al

---

della introduzione del c.p.a., in cui era previsto un termini certo (all'epoca sessanta giorni) per la celebrazione della udienza di merito.

<sup>108</sup> Si rinvia a S. Foà, *Semplificazione degli oneri formali nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 11, 2014, pp. 1147 ss.. Si veda, da ultimo, alla decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, 23.3.2015, n. 1568, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>109</sup> Sul tema si rinvia al recente contributo di F. Trimarchi Banfi, *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2015, pp. 1 ss.. Inoltre, in termini generali, all'indomani della nota decisione dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3 del 23 marzo 2011 in tema di risarcimento del danno da provvedimento illegittimo, si rinvia a: G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013, pp. 417 ss.; D. D'Orsogna, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Diritto Amministrativo*, Torino, 2014, pp. 558 ss.; F.G. Scoca, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, *Cit.*, pp. 988 ss.. Tra le sentenze più recenti in tema di risarcimento del danno nel caso di mancata aggiudicazione di un appalto quantificato con la perdita dell'utile che sarebbe stato ricavato e conseguente onere probatorio si vedano le recenti sentenze: Cons. Stato, Sez. IV, 27.4.2015 n. 2090; Cons. Stato, Sez. V, 17.4.2015 n. 1980; Cons. Stato, Sez. V, 8.4.2015 n. 1672, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>110</sup> Il riferimento è alla nota massima di G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1912 (ristampa inalterata, Napoli, 1965), p. 81.

diritto comunitario sia all'articolo 24 della nostra Costituzione ed il rischio sarebbe veramente quello di incidere profondamente sulla pienezza delle tutele.

È auspicabile che anche la tutela risarcitoria per equivalente possa diventare veramente soddisfattiva quando non si possa fare ricorso a quella in forma specifica, riconoscendo una integrale soddisfazione degli interessi economici delle imprese ingiustamente lese dalla violazione delle regole della procedura di gara quando il giudice ritenga - o quando tale potere sia inibito dal legislatore - che non si possa sospendere la procedura a salvaguardia di interessi pubblici<sup>111</sup>.

Il sistema, così come congegnato in sede europea, poi recepito dal nostro legislatore, assegna, infatti, al giudice amministrativo il ruolo centrale di ponderare i vari fattori che possano indurlo alla dichiarazione di efficacia o inefficacia del contratto illegittimamente aggiudicato, purché tale ponderazione sia sempre sottoposta al limite di assicurare l'effettività della tutela, anche attraverso una tutela risarcitoria per equivalente effettiva<sup>112</sup>.

Il superiore ragionamento, però, non vuole giungere alla errata conclusione che, aprioristicamente, la tutela risarcitoria per equivalente, in materia di opere pubbliche, debba sostituire la tutela risarcitoria in forma specifica rendendo così i pubblici poteri *legibus soluti* a fronte di un corrispettivo di natura meramente economica<sup>113</sup>; si intende, piuttosto, evidenziare come la valutazione degli interessi, pubblici e privati, debba essere lasciata al libero, prudente e "sereno" apprezzamento del giudice e nella ipotesi in cui quest'ultimo riterrà di negare al ricorrente la tutela in forma specifica o, peggio, quando ciò sia impedito aprioristicamente per volontà dello stesso legislatore,

---

<sup>111</sup> Sul tema del danno subito in caso di mancata aggiudicazione e, in particolare, sulla critica all'orientamento giurisprudenziale - ampiamente richiamato - di ricondurlo alla perdita dell'utile che sarebbe stato ricavato dal contratto, si veda F. Trimarchi Banfi, *Cit.*, p. 4.

<sup>112</sup> Cfr. A. Bartolini - S. Fantini - F. Figorilli, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, *Cit.*, p. 662.

<sup>113</sup> Si rinvia a G. Virga, *Verso l'abolizione del potere cautelare del giudice amministrativo in materia di appalti?*, in *www.giustamm.it*, 1998, che riprendendo un articolo pubblicato dal "Il Sole 24 Ore" nell'Ottobre del 1998, in cui l'ex Ministro dei lavori pubblici Costa proponeva l'abolizione del potere cautelare del giudice amministrativo nelle materie relative all'appalto di opere pubbliche, rileva come una tale norma sarebbe in chiaro contrasto con la Costituzione italiana che assicura "pienezza di tutela agli interessi legittimi e finirebbe per costituire un pericoloso precedente". Sempre secondo l'Autore, il messaggio implicito che si ricaverebbe da una tale disposizione sarebbe che "l'Amministrazione ha il potere di compiere ogni genere di illegittimità in sede di gara (aggiudicando la gara stessa, magari, ad una impresa amica), salvo poi risarcire, se del caso il danno". Deve essere sottolineato, però, come la questione affrontata ricada in un periodo storico in cui il tema della risarcibilità degli interessi legittimi nonché della atipicità delle decisioni cautelari e di merito non era stato ancora affrontato dal legislatore nei termini in cui oggi tali istituti sono presenti nel codice del processo amministrativo.

dovrà comunque essere assicurata una tutela per equivalente effettiva e pienamente soddisfattiva. In altri termini la ipotetica riparabilità per equivalente del pregiudizio lamentato non deve vanificare la utilità del rimedio cautelare né, tanto meno, potrebbe giustificare una compressione in astratto<sup>114</sup>.

## **9. Prospettive di riforma e ruolo del giudice amministrativo.**

Volendo guardare alle possibili cause, o concause, dei rallentamenti nella esecuzione delle opere pubbliche, si può certamente ravvisare che, anche quando il giudice amministrativo non abbia concesso misure cautelari, l'esecuzione dei lavori sia rimasta comunque bloccata per volontà, o timore, della stessa pubblica amministrazione. Le soluzioni al problema, quindi, non sono da imputare (solo) all'attuale sistema processuale ma sono da ricercare anche altrove.

Proprio l'analisi della vicenda processuale<sup>115</sup> che è stata la scaturigine dell'inserimento del comma 2 *sexies* nell'articolo 9, in sede di conversione del decreto "sblocca Italia", fa riflettere sulla circostanza che il giudice amministrativo, in sede cautelare, abbia correttamente rilevato la prevalenza dell'interesse alla immediata realizzazione dell'opera, prescindendo da ogni valutazione in ordine all'interesse particolare dell'operatore economico ricorrente, sicché il mancato avvio dei lavori relativi al torrente Bisagno sia da imputare ad una autonoma ed esclusiva determinazione della stessa pubblica amministrazione, dettata verosimilmente dal timore di incorrere in responsabilità patrimoniali in caso di successivo annullamento degli atti in sede di decisione di merito.

Meglio, forse, sarebbe stata una previsione di legge che in queste particolari situazioni assicuri la effettuazione dei lavori, attenuando in qualche misura la eventualità di una responsabilità degli amministratori in caso di successivo annullamento, nel merito, degli atti della procedura<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> In questi termini, A. Police, *Giurisdizione piena e trasformazione della tutela cautelare*, *Cit.* p. 242, secondo cui le azioni cautelari dovranno conservare integra la "astratta possibilità" di assicurare la reintegrazione in forma specifica in ragione della funzione di strumentalità che lega la misura cautelare al giudizio principale.

<sup>115</sup> Si rinvia alla nota 104.

<sup>116</sup> In questi termini G. Giovannini nella relazione alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2015, *Cit.*.

Non è certamente questa la sede per approfondire il delicato e complesso tema della responsabilità amministrativa dei pubblici dipendenti per dolo o colpa grave e del ruolo che assume la Corte dei conti<sup>117</sup>, ma è pur certo che quest'ultimo Organo deve esercitare la propria attività giurisdizionale prestando attenzione alla preminente esigenza che la propria azione “*non diventi ragione di disincentivo per funzionari pubblici*”<sup>118</sup>.

La quotidiana difficoltà operative dei pubblici dipendenti che, spesso, proprio in materia di opere pubbliche, si scontra con una disciplina sostanziale alquanto complessa e talvolta addirittura contraddittoria, con interpretazioni giurisprudenziali anche esse incerte, dovrebbe spingere il legislatore ad offrire parametri certi per la misurazione della gravità o della levità della colpa, così da renderne meno incerto il proprio operato ed evitare un ingiusto ed insostenibile aggravio sugli amministratori pubblici<sup>119</sup>.

Ragionando per assurdo, non è detto che lo stesso articolo 9 comma 2 *sexies* troverà concreta applicazione proprio in ragione del timore che il pubblico funzionario possa,

---

<sup>117</sup> Si segnala Corte dei Conti, Sez. III, 28.12.1998, n. 329, in *www.iusexplorer.it*, che, in merito alla attività dei pubblici dipendenti, chiarisce come “*chi accetta di amministrare la cosa pubblica deve essere in grado di bene amministrare e, se non è all'altezza di tale compito, ha il dovere di rinunciare alla carica, lasciando che altri più capaci e più solerti ne prendano il posto*”. In sintesi, per quanto riguarda la responsabilità amministrativa dei dipendenti pubblici, l'art. 1 legge 14.1.1994, n. 20, prevede che gli amministratori ed i pubblici dipendenti rispondano solo dei fatti e delle omissioni connotati da dolo o da colpa grave. Nell'ipotesi di colpa lieve, invece, il pubblico dipendente non è responsabile ed il danno sarebbe interamente imputato sulla amministrazione. Pertanto, nell'ambito della responsabilità amministrativa, è evidente come la distinzione tra colpa grave e colpa lieve sia particolarmente importante e rappresenti per i pubblici dipendenti uno spartiacque nella loro attività lavorativa; mentre la colpa lieve, infatti, potrà essere moralmente censurabile, ma non comporterebbe alcuna conseguenza giuridica, la colpa grave, invece, avrebbe come conseguenza la responsabilità giuridica e il conseguente obbligo del risarcimento del danno. È, quindi, evidente la necessità di individuare i criteri rispetto ai quali sia ravvisabile la sussistenza della colpa grave. La giurisprudenza della Corte dei Conti ha elaborato una serie di figure sintomatiche al fine di semplificare l'attività ermeneutica, individuando la colpa grave nella inosservanza del minimo di diligenza; prevedibilità e prevedibilità dell'evento dannoso; assenza di difficoltà oggettive ed eccezionali nell'ottemperare ai doveri di servizio violati; atteggiamento di grave disinteresse nell'espletamento delle funzioni, agendo senza le opportune cautele. Tutti concetti, però, che richiedono l'attività ermeneutica e che danno ancora oggi poche certezze ai pubblici dipendenti. Sul tema si rinvia a: A. Police, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, pp. 61 ss.; E. Giardino, *La colpa grave nella responsabilità amministrativa*, in *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, Napoli, 2014, pp. 135 ss..

<sup>118</sup> Così F.G. Scoca, *Relazione di sintesi*, in *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, Cit., p. 209.

<sup>119</sup> In questi termini A. Police, *Responsabilità della P.A. per illegittima aggiudicazione ed esigenze di “stabilità” dei contratti di opera pubblica*, Cit., p. 129. Sul tema si veda anche F.G. Scoca, *Sguardo d'insieme sugli aspetti sostanziali e processuali della responsabilità amministrativa*, in *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Cit., pp. 1 ss..



da un lato, avere il potere di limitare la concessione della misura cautelare e, dall'altro, dovere successivamente procedere alla esecuzione delle opere con il rischio di rispondere del danno erariale se il giudice amministrativo dovesse successivamente ravvisare la illegittimità della procedura, con conseguente condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno pecuniario all'esito della fase di merito.

Anche per la pubblica amministrazione, quindi, l'autonomia del ruolo cognitorio e decisorio del giudice, soprattutto in sede cautelare, diventa un elemento di garanzia e di salvaguardia.

Il problema, quindi, non è da ricondurre solo all'attuale sistema processuale amministrativo o solo al ruolo del giudice amministrativo che controlla l'esercizio del potere pubblico anche in materie di rilevante interesse economico; non è neanche un problema che riguardi solo la c.d. burocratizzazione dell'attività amministrativa<sup>120</sup>. La questione è più complessa e coinvolge anche le preoccupazioni che quotidianamente animano i pubblici dipendenti che si confrontano con un sistema di regole e principi alquanto articolato, con il timore che anche la magistratura contabile possa successivamente addebitare loro responsabilità connesse a funzioni particolarmente complesse. La Corte dei conti, pertanto, dovrà esercitare la propria funzione di verifica del buon andamento della pubblica amministrazione incentivando l'efficienza dell'Amministrazione e non essere, al contrario, anch'essa un elemento che sia da deterrente e produca inerzia nei relativi procedimenti<sup>121</sup>.

Volendo tracciare alcune conclusioni possibili e rispondere alla domanda sull'attuale ruolo del giudice amministrativo e sul livello di tutele che oggi il sistema garantisce agli operatori economici, può dirsi che la tutela deve essere piena soprattutto nelle materie in cui la giurisdizione amministrativa è esclusiva, a condizione che al giudice amministrativo siano lasciati ampi e pieni poteri cognitivi e decisionali.

Il giudice amministrativo, in altri termini, deve avere il potere di valutare quando sia opportuno concedere la misura cautelare e, così, preservare il diritto al risarcimento in forma specifica del ricorrente, ovvero quando sia opportuno ritenere prevalenti le

---

<sup>120</sup> Si rinvia a M. Albrow, *La burocrazia*, trad. it., Bologna, 1973; E. Picozza, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, 1988.

esigenze pubbliche alla realizzazione delle opere pubbliche e delle infrastrutture e disporre all'esito del giudizio di merito il risarcimento per equivalente<sup>122</sup>.

Il giudice amministrativo in tale contesto deve essere l'attore principale avendo, nella sua secolare storia, dimostrato di avere seguito una linea direttrice che è stata quella del costante rafforzamento ed ampliamento delle difese e delle tutele dei singoli nei riguardi della pubblica amministrazione, pur sempre con un attento temperando della valutazione del pubblico interesse.

Si ritengono, quindi, del tutto ingiustificate le spinte dell'opinione pubblica verso la abolizione della magistratura amministrativa e l'istituzione della giurisdizione unica<sup>123</sup>, dovendosi piuttosto attribuire alla giustizia amministrativa la sua funzione di motore dell'efficienza della Amministrazione per rispondere al soddisfacimento dei bisogni sociali e contribuire anch'essa al superamento della attuale crisi economica.

---

<sup>121</sup> Si veda A. Police, *La giurisdizione della Corte dei conti: evoluzione e limiti di una giurisdizione di diritto soggettivo*, in *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, Cit., pp. 25 ss., spec. 35-36.

<sup>122</sup> Per un approfondimento sul tema che, per la importanza e la ampiezza esula dal presente lavoro, si rinvia a A. Bartolini, *Il risarcimento del danno tra giudice amministrativo e comunitario*, Torino, 2005. Di recente si rinvia a ID, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, Cit., pp.661-662.

<sup>123</sup> R. Villata, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2, 2014, pp. 285 ss. Secondo l'Autore la "auspicata" riforma della giustizia amministrativa verso una giustizia unica non andrebbe ricercata né per la presunta incapacità del sistema, posto che il grado di tutele offerto ai cittadini sarebbe già sufficiente, né per la circostanza che i giudici del Consiglio di Stato sarebbero anche consulenti dell'amministrazione, posto l'articolo 100 della Costituzione gli attribuisce espressamente tale qualità. Non sarebbe altresì possibile una giurisdizione unica senza violare la Costituzione stessa che ritiene che il sistema di giustizia amministrativa italiano è un sistema dualistico fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, giungendo a ritenere che ancora oggi nel giudizio amministrativo sia centrale il ruolo dell'azione di annullamento "che non è per nulla il frutto di una concezione superata", p. 291.