

ROBERTO CHIEPPA
IL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO ALLA RICERCA
DELL'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA*

PUBBLICATO SUL SITO [HTTP://WWW.GIUSTIZIA-AMMINISTRATIVA.IT/](http://www.giustizia-amministrativa.it/) IL 28 LUGLIO 2010

1. Perché un Codice del processo amministrativo ?

L'idea di una codificazione delle regole del processo amministrativo non è nuova nel nostro ordinamento, ma è stata più volte prospettata negli anni passati, anche con tentativi di riforma che erano sembrati destinati ad avere successo.

La novità risiede nel fatto che questa volta il progetto di codificazione del processo amministrativo è andato a compimento con la definitiva approvazione del D. Lgs. 2 luglio 2010 n. 104, il cui allegato 1 è appunto il Codice del processo amministrativo.

Nei dibattiti sul tema che nel corso degli anni si sono succeduti, nessuno ha mai dubitato della parziale inadeguatezza del processo amministrativo a dare risposta alla crescente domanda di giustizia nei confronti della pubblica amministrazione.

Le norme processuali erano rimaste sparse in una molteplicità di testi normativi, non sempre coordinati tra loro: le prime regole processuali relative al Consiglio di Stato risalgono al 1907 e al 1924 ed hanno poi subito solo parziali modifiche e integrazioni ad opera della legge istitutiva dei T.a.r. nel 1971.

Sono poi seguite ulteriori riforme processuali di rilievo nel 1998 (d.lgs. n. 80) e nel 2000 (l. n. 205), accompagnate da molteplici interventi legislativi relativi a singoli settori.

Il risultato di tale stratificazione di norme è stato un complesso di regole, piene di rinvii reciproci anche a testi normativi non processuali.

I problemi non erano però limitati alla chiarezza e al coordinamento delle regole, ma si estendevano a più rilevanti profili di sostanza legati all'effettività della tutela giurisdizionale degli interessi legittimi, sempre più proiettata verso una tutela piena che strideva con il mantenimento di un processo amministrativo ancorato al modello impugnatorio.

In ordine alla sussistenza di tali problematiche si registrava, anche nel passato una generale condivisione, mentre le opinioni non sono mai state unanimi sull'individuazione delle soluzioni.

Vi è sempre stato chi ha posto maggiore affidamento nel ruolo della giurisprudenza ed ha anzi preferito un sistema processuale basato su poche regole, in modo che il giudice amministrativo avesse un maggiore margine per adattare tali regole e costruirne in via pretoria di nuove, al fine della ricerca di strumenti di tutela sempre più efficaci.

E vi è stato, invece, chi propendeva per un incisivo intervento del legislatore.^{1[1]}

* Il presente articolo costituisce il capitolo introduttivo del volume R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2010.

^{1[1]} A. PAJNO, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010., 119, ricorda come nel corso del tempo siano stati spesso posti interrogativi sulla questione della codificazione delle norme di diritto amministrativo. Menziona la posizione di V.E. ORLANDO, secondo cui non esiste, pertanto una oggettiva impossibilità di codificare il diritto amministrativo, legato alla natura speciale di questo ed al carattere frammentario della legislazione, ma un ostacolo a tale opera, costituito dall'assenza di un'adeguata elaborazione, anche scientifica, dei principi fondamentali del diritto amministrativo; per poi passare alle tesi di SANTI ROMANO che vedeva con favore l'ipotesi della codificazione, anche se limitata ad un "complesso abbastanza ampio ed organico di principi relativamente fermi, costanti e generali" e di G. ZANOBINI, favorevole a un "codice limitato a contenere soltanto i principi generali del diritto amministrativo", proprio perché essi "non sono esposti alle continue modificazioni cui sono soggette le norme relative a particolari istituti". PAJNO conclude richiamando il pensiero di V. BACHELET, grazie al quale il tema della codificazione del diritto amministrativo si coniuga in modo sistematico con quello, più specifico, della giustizia amministrativa. Secondo BACHELET la codificazione dei "profili processuali del diritto amministrativo" serve, infatti, alla fine, a dare piena e compiuta attuazione al quadro costituzionale della giustizia amministrativa, o costituisce, comunque, un momento importante e significativo della costruzione del sistema costituzionale della giustizia amministrativa.

Mario Nigro riteneva sussistente una esigenza ormai indifferibile di intervenire sulle regole del processo amministrativo, non per sfiducia nei confronti della giurisprudenza o della dottrina, ma per la convinzione che solo con la legge è possibile “canonizzare” le conquiste della giurisprudenza e della dottrina e, nel contempo, imprimere nuovo impulso all’evoluzione del processo amministrativo.^{2[2]}

In molte occasioni la codificazione del processo amministrativo è sembrata imminente:

- nel 1972 e nel 1974 il Governo aveva delegato il Consiglio di Stato alla formulazione di disegni di legge di riforma della procedura seguita davanti ai T.a.r. e davanti al Consiglio di Stato e, dopo la nomina di una Commissione speciale, presieduta da Levi Sandri e con relatore Laschena, l’Adunanza generale del Consiglio di Stato approvò, il 23 novembre 1978, uno schema di disegno di legge unificato, composto da 110 articoli, che fu presentato dal Governo al Senato il 13 dicembre 1979;^{3[3]}

- in occasione del dibattito sul rapporto Giannini sulla riforma della pubblica amministrazione, il 10 luglio 1980 il Senato aveva approvato un ordine del giorno con l’impegno ad approvare una riforma del processo amministrativo, ma tutti i progetti decadde con il termine della legislatura nella primavera del 1983;

- nella successiva legislatura molte furono le proposte di legge presentate alle Camere (v. in particolare, il d.d.l. n. 1353 Camera, esaminato unitamente alla proposta n. 1308 dell’on. “Labriola), ma anche in questo caso il testo unificato approvato dalla Commissione della Camera non giunse all’approvazione per la fine anticipata della legislatura;^{4[4]}

- maggior fortuna sembrava dover avere la riproposizione dei progetti di riforma nella X legislatura e su una proposta di legge, approvata dalla Camera il 12 ottobre 1989, venne acquisito il parere dell’Adunanza generale del Consiglio di Stato, reso con approfondite osservazioni in data 8 febbraio 1990^{5[5]}, ma i lavori del Senato furono interrotti per la fine della legislatura.

Successivamente maturò la convinzione che i tentativi sempre andati a vuoto di una completa codificazione del processo amministrativo dovevano indurre a interventi di ambito più limitato, ancorchè significativo, come poi avvenne con il d.lgs. n. 80 del 1998 e con la legge n. 205 del 2000. Tali interventi hanno solo in parte dato una risposta al problema dell’inadeguatezza del processo amministrativo al fine di dare soddisfazione delle pretese dei cittadini e, nonostante la trasformazione della tutela in una tutela piena perché estesa anche a profilo risarcitorio, tutte le regole processuali restavano ingabbiate nel modello impugnatorio e faticavano a liberarsi da una ottica di un giudizio meramente rescindente, che a volte risultava essere di scarsa utilità per gli interessi effettivi del cittadino.

Da qui l’idea, mai del tutto abbandonata, di una codificazione del processo amministrativo e che ha trovato riscontro nell’art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, cui è seguito l’iter di formazione del Codice del processo amministrativo.

Prima ancora dell’analisi del contenuto del testo, emerge il dato del compimento di un progetto di codificazione, più volte tentato negli scorsi decenni e mai portato a termine.

Le ragioni dell’intervento di codificazione emergono chiaramente dalla stessa legge di delega: una esigenza formale di unificazione, chiarificazione e coordinamento delle norme stratificatesi e una ben più rilevante esigenza sostanziale di rendere realmente effettiva la tutela giurisdizionale del

^{2[2]} M. NIGRO, *Crisi del giudizio di annullamento, prospettive e linee di tendenza del processo amministrativo*, in L. MAZZAROLLI (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo (Atti del convegno di studio – Padova, 10-11 aprile 1987)*, Padova, 1990, 17; in precedenza, v. anche, . NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1978, 249. Sulla stessa linea, F. MERUSI, *Per una maggiore e migliore tutela di situazioni giuridiche soggettive mediante il processo amministrativo*, in L. MAZZAROLLI (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo (Atti del convegno di studio – Padova, 10-11 aprile 1987)*, Padova, 1990, 21.

^{3[3]} A.S. n. 583 – VIII legislatura; si queste iniziative, v. R. LASCHENA, *Riforme del processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 1980, II, 1087.

^{4[4]} Una completa ricostruzione dei vari tentativi di una riforma del processo amministrativo e del progressivo loro abbandono è contenuta in V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 30.

^{5[5]} Il disegno di legge delega e il parere sono pubblicati in *Cons. Stato*, 1992, I, 301.

cittadino nei confronti dei pubblici poteri e tale esigenza è stata correttamente racchiusa in uno dei criteri di delega, costituito dalla previsione di “pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa”.

E' stata così premiata l'idea del codice, portata avanti con la consapevolezza che si trattava di un'operazione ambiziosa, già in precedenza tentata e mai portata a compimento e con il convincimento dell'utilità, ai fini del raggiungimento del risultato, di circoscrivere l'intervento agli aspetti giuridico-processualistici, con esclusione di qualsiasi profilo politico-ordinamentale.^{6[6]}

L'idea di lasciare l'evoluzione del processo amministrativo al solo apporto della giurisprudenza e agli stimoli della dottrina si poneva ormai in conflitto con l'evoluzione della società e del rapporto tra giudice e domanda di giustizia, nell'ambito del quale non era più sufficiente, e neanche corretto, affidarsi a poche regole processuali e alla capacità di interpretazione evolutiva della giurisprudenza. Ed allora, ha ragione chi sostiene che l'emanazione del codice ha, anzitutto, un significativo valore simbolico conferendo alla disciplina del giudizio amministrativo la stessa dignità formale degli altri rami dell'ordinamento processuale, peraltro in un momento in cui è emersa (trovando riconoscimento negli importanti arresti della Corte costituzionale) la consapevolezza della equivalenza delle tutele rispettivamente apprestate.^{7[7]}

E' stato appunto evidenziato che, alla base della previsione legislativa di cui all'art.44 della legge 69 del 2009 vi è, pertanto, l'idea che, come l'autorità giudiziaria ordinaria costituisce il giudice generale dei diritti (art.102 Cost.), così il giudice amministrativo costituisce il giudice generale dell'esercizio della funzione amministrativa e delle situazioni soggettive – gli interessi legittimi – vantati dai cittadini nei confronti del potere pubblico, e che, come esiste da tempo un codice che disciplina l'esercizio della funzione giurisdizionale da parte del giudice ordinario, così è opportuno che sia introdotto nell'ordinamento un organico sistema di disposizioni volto a regolare l'esercizio della giurisdizione amministrativa.^{8[8]}

La risposta all'interrogativo di partenza (Perché un Codice del processo amministrativo ?) va rinvenuta, quindi, nell'esigenza di dare al cittadino e alle amministrazioni un sistema di regole processuali snelle e, nel contempo, chiare e certe, idonee a consolidare le conquiste della dottrina e della giurisprudenza e a “spostare l'asticella” più in alto, ad “imprimere nuovo impulso all'evoluzione del processo amministrativo”, come sosteneva Mario Nigro.^{9[9]}

Quando un progetto è ambizioso è perché presenta dei rischi e i rischi erano, in questo caso, costituiti dalla necessità di evitare che un “ingessamento” delle regole del processo amministrativo potesse, da un lato, limitare il ruolo di motore evolutivo del sistema svolto dalla giurisprudenza e, sotto altro profilo, frenare tale processo con la codificazione di orientamenti superati o, comunque non in linea con i principi del “giusto processo amministrativo” e della parità delle parti.

2. Il ruolo del Consiglio di Stato nel processo di formazione del Codice.

Scelta la via di procedere ad una profonda riforma del processo amministrativo, si trattava di individuare la modalità con cui giungere alla elaborazione del testo da approvare.

L'art. 44, comma 4, della legge n. 69/2009 ha stabilito che, “ove il Governo, nell'attuazione della delega di cui allo stesso articolo, intenda avvalersi della facoltà di cui all'articolo 14, numero 2°, del testo unico sul Consiglio di Stato, di cui al regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, il Consiglio di Stato può utilizzare, al fine della stesura dell'articolato normativo, magistrati di tribunale amministrativo regionale, esperti esterni e rappresentanti del libero foro e dell'Avvocatura generale dello Stato, i quali prestano la propria attività a titolo gratuito e senza diritto al rimborso delle spese”.

^{6[6]} Così P. DE LISE, *Verso il Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, aprile 2010.

^{7[7]} P. DE LISE, *Verso il Codice del processo amministrativo*, cit..

^{8[8]} A. PAJNO, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, cit., 119.

^{9[9]} M. NIGRO, *Crisi del giudizio di annullamento, prospettive e linee di tendenza del processo amministrativo*, cit., 18..

La scelta del legislatore delegante è stata oggetto di critiche dirette a contestare l'affidamento al Consiglio di Stato di un compito normativo autoreferenziale, peraltro riferito alla predisposizione delle norme che lo stesso giudice amministrativo sarebbe poi stato chiamato ad applicare.^{10[10]}

In realtà, si osserva che non si è fatto altro che applicare uno strumento già presente nell'ordinamento e peraltro utilizzato, come in precedenza ricordato, per i precedenti tentativi di riforma del processo amministrativo, non andati poi a buon fine. La novità consiste nell'aver aggiunto la possibilità per il Consiglio di Stato di utilizzare, oltre ai consiglieri di stato, anche magistrati Tar e altri componenti esterni (esperti e rappresentanti del libero foro e dell'Avvocatura generale dello Stato).

Del resto, l'alternativa era quella di lasciare la redazione dell'articolato allo stesso Governo, che avrebbe costituito una apposita Commissione con costi sicuramente superiori a quelli pari a zero, derivati dall'affidamento del compito al Consiglio di Stato.

Pochi giorni dopo l'entrata in vigore dell'art. 44 della legge 18 giugno 2009 n. 69, il Governo si è avvalso della facoltà di affidare al Consiglio di Stato la formulazione del progetto di decreto legislativo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo e il Presidente del Consiglio di Stato ha deferito l'esame del predetto affare ad una apposita Commissione, composta da magistrati del Consiglio di Stato e dei T.a.r., da magistrati della Corte di Cassazione, avvocati dello Stato, avvocati del libero foro e professori universitari.^{11[11]}

L'apertura della Commissione a professionalità miste in grado di rappresentare tutti gli operatori e gli studiosi del processo amministrativo non può che essere visto come elemento positivo.

Ciò ha comportato durante i lavori l'emersione di punti di vista tra loro diversi, sostenuti a volte trasversalmente a prescindere alle professionalità di appartenenza dei componenti della commissione.

In pochi mesi di lavoro si è giunti all'approvazione di un testo, su cui sono state acquisite le osservazioni esterne a conferma della totale assenza da parte del Consiglio di Stato di un atteggiamento di chiusura o corporativo.

E' stata forte la preoccupazione, soprattutto nella componente togata, che, nel delicato compito di redigere l'articolato, si potesse correre il rischio anche solo di apparire protesi a redigere un testo ad uso e consumo del giudice, e non del cittadino.

Questa preoccupazione ha avuto conseguenze positive sulle varie scelte effettuate perché il criterio guida è sempre stato quello di ricercare soluzioni idonee a garantire la maggiore effettività della tutela giurisdizionale.^{12[12]}

La prima scelta è stata quella di procedere verso un vero e proprio Codice, che mantenesse la tipica snellezza del processo amministrativo, ma che andasse decisamente oltre l'esperienza dei codici di settore; una riforma tesa, quindi, non ad un riassetto del "micro-sistema" della giustizia amministrativa, ma diretta alla costruzione di un sistema di tutela giurisdizionale fondato sul principio dell'unità funzionale e non organica della giurisdizione.^{13[13]}

Si è poi cercato di dare piena attuazione a quello che da tutti è stato ritenuto il criterio di delega più importante, relativo alla disciplina delle azioni e alla già ricordata previsione di "pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa".

^{10[10]} L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009, 132, definisce la procedura "domestica" e aggiunge che il legislatore, "con involontaria autoironia", ha anche precisato che, se il testo della riforma viene redatto dal Consiglio di Stato, non serve il parere di quest'ultimo.

^{11[11]} Sull'iter di formazione del testo si rinvia a R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, cit..

^{12[12]} Testimonia ciò G. PELLEGRINO, *Il codice al passaggio decisivo. Tra grande occasione e strani paradossi*, in *www.giustamm.it*, maggio 2010, che afferma che nella Commissione su ogni profilo ha sempre prevalso l'opzione volta ad evitare restringimenti di tutela e a rafforzare il dialogo tra le giurisdizioni.

^{13[13]} In questo senso, A. PAJNO, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, cit., 119, che illustra la differenza con l'esperienza dei codici di settore e sostiene l'importanza di una lettura delle norme sul processo amministrativo volta a connetterle con le altre esperienze di tutela giurisdizionale e non a separarle da esse.

La codificazione delle azioni di accertamento, di annullamento, di condanna, nelle forme della reintegrazione in forma specifica e per equivalente, e soprattutto di adempimento, era stata da tutti salutata con favore perché diretta a soddisfare l'esigenza di giustizia del cittadino.^{14[14]}

Così come favorevolmente erano state commentate le disposizioni tese a potenziare il contraddittorio in ogni fase del processo.

Inevitabilmente, alcune soluzioni sono state di compromesso, raggiunto al fine comporre i contrasti, come è evidente per le disposizioni sul superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa; compromesso da cui si deve però trarre il positivo dato del dialogo tra le due giurisdizioni, che ha trovato espressione all'interno della Commissione grazie all'apporto dei magistrati ordinari e al confronto tra essi e i magistrati amministrativi, i professori universitari e gli avvocati. Dialogo che aveva registrato una ancora più significativa convergenza e condivisione da parte dei vertici delle due giurisdizioni superiori in occasione dei rispettivi discorsi tenuti in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2010.

Su altri punti si è avuto meno coraggio e sono prevalse preoccupazione anche interne alla giustizia amministrativa, come per il mancato accoglimento delle proposte dei professori universitari al fine di introdurre meccanismi più efficienti di istruzione probatoria, da anticipare rispetto all'udienza di discussione dei ricorsi.

In molti altri punti si poteva fare di più, ma l'impressione generale è stata di un testo che andava verso un processo amministrativo di parti, non più dominato dal giudice amministrativo e soprattutto orientato verso il definitivo consolidamento del ripudio di un modello di giurisdizione obiettiva, volta cioè a tutelare in primo luogo la legittimità dell'azione amministrativa, e solo indirettamente le posizioni giuridiche soggettive, nel quale il cittadino tutela se stesso solo difendendo la legalità dell'amministrazione e conseguendo in via indiretta benefici per sé. Modello che peraltro contrasta con le stesse ragioni della nascita della giustizia amministrativa, incentrate sulla necessità di riempire uno spazio, in cui era assente la possibilità di tutela del privato nei confronti della p.a.

Seguendo questi criteri l'8 febbraio 2010 la Commissione ha completato i suoi lavori e ciò è avvenuto, con una singolare coincidenza, a distanza esatta di venti anni dall'espressione del già citato parere, reso dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato l'8 febbraio 1990 sul progetto di riforma approvato dalla sola Camera nella X legislatura.

3. Il filo conduttore degli interventi correttivi del Governo: la paura di rendere la tutela realmente effettiva ?

Espletato il suo compito, il Consiglio di Stato ha così consegnato l'articolato al Governo, che restava ovviamente libero di esaminarlo, di apportare le modifiche ritenute necessarie o anche di cestinarlo, ove non lo avesse ritenuto adeguato.

L'iter di formazione del Codice ha visto a questo punto interrompersi la fase "aperta" a osservazioni e ad una sorta di consultazione preventiva e sono state apportate dal Governo rilevanti modifiche al Codice, prima di trasmetterlo alle commissioni parlamentari e poi dopo l'espressione dei pareri della commissioni.

Non è qui in discussione il potere (indiscusso) del Governo di apportare correzioni, ma l'opera di revisione del testo va valutata in base alle finalità dichiarate e al suo contenuto.

^{14[14]} Così V. DOMENICHELLI, *Resoconto del Seminario svoltosi il 26 marzo 2010 a Padova presso l'Archivio Antico, Palazzo del Bò, via VIII Febbraio n. 2 sul libro I (Disposizioni Generali) del Progetto di Codice del processo amministrativo*, in www.giustammi.it, aprile 2010, secondo cui la vera innovazione del Codice è, quindi, quella di ripristinare nell'ambito del processo la forza del giudice che in tal modo va a riequilibrare la disparità fra le parti nei rapporti sostanziali. In quest'ottica, è certamente rilevante la previsione espressa dell'azione di adempimento che, seppure in qualche modo ravvisabile nel giudizio sul silenzio della pubblica amministrazione, incontrava dei limiti in presenza del potere discrezionale.

Le finalità dichiarate sono state indicate nella necessità di procedere ad una rielaborazione del testo “d’intesa con il Ministro della economia e delle finanze, al precipuo fine di non introdurre istituti che, anche indirettamente o mediamente ed in prospettiva temporale di medio periodo, potessero essere suscettibili di determinare incremento di oneri per la finanza pubblica, evidentemente insostenibili nell’attuale fase congiunturale”.^{15[15]}

In realtà, dall’analisi del contenuto delle correzioni governative non sembra emergere alcun profilo di incremento di oneri, anche indiretto, derivante dalle norme soppresse o modificate.

Maggiori oneri non potevano certo derivare dall’enunciazione dei principi generali, ridotti dal Governo, né dal principio (eliminato) dell’immanenza della tutela cautelare in tutti i giudizi amministrativi.

Appare poi difficile comprendere come la codificazione dell’azione di accertamento potesse, anche solo indirettamente, comportare nuove spese; in primo luogo, tale azione già può essere esercitata sulla base della giurisprudenza del Consiglio di Stato e la sua codificazione avrebbe evitato il rischio di interpretazioni giurisprudenziali dirette ad ampliare eccessivamente il suo ambito di applicazione.

A tal fine operavano i limiti dell’inammissibilità dell’azione in relazione a poteri non esercitati o al fine di aggirare il mancato esercizio dell’azione di annullamento nei termini di decadenza.

In secondo luogo, l’azione di accertamento consente a volte di chiarire situazioni controverse (ad esempio, l’essersi formato o meno il silenzio assenso), evitando che l’incertezza possa poi ricadere sulla stessa p.a. ed esporla a pretese risarcitorie maggiori.

Da ultimo, va rilevato che l’azione di accertamento compare nello stesso Codice, pur essendo restata priva della norma generale.^{16[16]}

Anche la tanto temuta azione di adempimento consente di ripristinare in modo più veloce la legalità quando l’amministrazione ha sbagliato, riducendo il rischio che il decorso del tempo possa ampliare le pretese risarcitorie nei confronti della p.a.; e anche in questo caso nella codificazione rientravano i limiti di una azione, la cui esperibilità si può rinvenire in altre disposizioni dello stesso Codice, quali l’art. 34 (condanna atipica all’adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio).

Andando avanti: il favor manifestato in favore della verifica, rispetto alla CtU, disposta “se indispensabile” appare poco comprensibile.

L’inciso “solo se indispensabile”, se diretto a conseguire risparmi di spesa è inidoneo a raggiungere lo scopo, in quanto anche le verificazioni hanno oggi costi corrispondenti a quelli delle CTU, come appena stabilito anche dal Codice. L’inciso non è, comunque, corretto perché sembra far intendere che gli altri mezzi il giudice li dispone anche se non indispensabili.; sarebbe anzi contraddittorio con le dichiarate finalità di risparmi ritenere che la verifica possa essere disposta anche se non indispensabile.^{17[17]}

Le varie modifiche apportate poi al regime della competenza territoriale, resa sempre inderogabile e rilevabile d’ufficio e contestabile senza limiti temporali fino addirittura all’udienza di discussione, sono chiaramente dirette a limitare il c.d. “turismo cautelare”, e non a evitare maggiori oneri; per perseguire tale obiettivo e per risolvere alcune situazioni patologiche di utilizzo della tutela

^{15[15]} V. il comunicato n. 89 del 16 aprile 2010 del Consiglio dei Ministri, riportato in R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, cit..

^{16[16]} Si rinvia a R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, cit., in cui si rileva che l’azione di accertamento è presente nel comma 4 dell’art. 31 con riguardo alla nullità; nell’art. 34, comma 5 (pronuncia di merito dichiarativa della cessazione della materia del contendere); nell’art. 114, comma 4 (il giudice dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato); negli art. 121 e 122 (il giudice dichiara l’inefficacia del contratto); è presente soprattutto nell’art. 34, relativo alle pronunce del giudice.

^{17[17]} G. D’ANGELO, *Osservazioni sulle disposizioni in tema di istruttoria*, in www.giustamm.it, maggio 2010, secondo cui il rischio è di assecondare la ritrosia manifestata in questi anni da una parte della giurisprudenza all’utilizzo della CtU. Quasi temuta e spesso avversata, la consulenza tecnica è stata ammessa ed esperita con estrema prudenza dal giudice amministrativo.

cautelare presso Tar incompetenti, si potevano ipotizzare misure di minore impatto sulle attuali regole processuali.^{18[18]}

Cambiare le regole serve quando conduce a obiettivi benefici, che in questo caso non si intravedono; altrimenti il cambio delle regole comporta comunque una fase di adattamento al nuovo sistema, che nel caso di specie determinerà la lunga convivenza della competenza derogabile per tutte le cause proposte anteriormente all'entrata in vigore del Codice e della competenze inderogabile per quelle successive.

Sotto l'aspetto sostanziale, l'inderogabilità della competenza territoriale equipara la questione di competenza a quella di giurisdizione; si osserva che proprio le difficoltà nell'individuare i criteri di riparto di giurisdizione hanno indotto la Cassazione a limitare la rilevabilità d'ufficio, ritenendo che in caso di giudicato implicito sia necessaria la proposizione di apposita censura in sede di impugnazione.

Il rischio è che ora questioni di competenza, in passato attenuate dal sistema della derogabilità e dello stretto termine per sollevarle, possano espandersi e riempire le aule della giustizia amministrativa di un contenzioso diretto solo a stabilire quale Tar deve pronunciarsi, che resta lontano dagli effettivi bisogni della tutela del cittadino.

Come potevano comportare profili di spesa le eliminate norme tese a rafforzare il principio di parità delle parti (ad es., quella sul dovere di lealtà e di probità) o a garantire l'effettività della tutela (ad es., la disposizione che limitava la prassi dell'assorbimento dei motivi del giudizio) ?

Nella relazione del Governo si indica che si tratta di regole già insite nel sistema, ma il ragionamento non convince: ben venga il riconoscimento che la limitazione all'assorbimento dei motivi di ricorso è insita nel sistema, ma la codificazione di alcune regole serve proprio a rendere chiaro e evidente ciò che si può ricavare dal sistema e questo è utile soprattutto quando, in relazione a determinati principi, vigono prassi di segno contrario, come è appunto per l'assorbimento dei motivi di ricorso (prassi criticata dalla stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato).

Il mancato esercizio della delega sul contenzioso per la fase preparatoria delle elezioni politiche costituisce una scelta in alcun modo legata al contenimento dei costi.

Stessa conclusione per l'espunzione dal Codice dell'azione collettiva per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, che resta disciplinata nel d. Lgs. 20 dicembre 2009 n. 198. Il Codice aveva la pretesa dichiarata di includere tutte le azioni e ricorsi proponibili davanti al giudice amministrativo e già in partenza una tipologia di ricorso resta fuori e non è neanche richiamata nella c.d. "norma catalogo", contenente tutte le ipotesi di giurisdizione esclusiva. Tutte tranne una.^{19[19]}

L'elenco potrebbe continuare senza trovare, però, traccia di disposizioni espunte, caratterizzate dal rischio anche solo indiretto di maggiori oneri.

Anzi, sono alcuni dei correttivi a contenere il rischio di maggiori oneri: l'eliminazione delle misure per lo smaltimento dell'arretrato, individuate dalla Commissione istituita presso il Consiglio di Stato e rinviate ad un futuro dPCM, dagli incerti contorni e da un complesso meccanismo di adozione, non dà immediata risposta al problema serio dell'arretrato e al conseguente esponenziale aumento dei costi per il mancato rispetto della ragionevole durata del processo (legge Pinto).

La risposta al problema dell'arretrato non può certo essere costituita dalla norma transitoria sulla definizione dei ricorsi pendenti da più di cinque anni alla data di entrata in vigore del codice; in via

^{18[18]} Anche in questo caso si rinvia a R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, cit., in cui è rilevata anche la massiccia presenza nel Codice di norme riguardanti la competenza: oltre agli articoli da 13 a 16, qui in commento, la competenza è disciplinata anche dagli articoli 33, 42, 47, 55, 56, 60, 61, 62 (la maggior parte dei quali oggetto di modifiche governative), oltre ad altre disposizioni contenute nel libro III e nei riti speciali e ciò lascia intendere come nelle intenzioni del Governo il maggior problema del processo amministrativo fosse la competenza. Ma nessuno si era finora accorto di questo. G. PELLEGRINO, *Il codice al passaggio decisivo. Tra grande occasione e strani paradossi*, in www.giustamm.it, maggio 2010 sottolinea il ginepraio della competenza territoriale, creato dal Governo con l'abbandono di ogni principio di *better regulation*.

^{19[19]} Si tratta di una nuova azione, la cui disciplina presenta molte lacune, ma questo era un motivo per emendarla, non per espungerla dal Codice.

transitoria, è previsto che per i ricorsi pendenti da oltre cinque anni per i quali non sia stata ancora fissata l'udienza di discussione, sia necessario presentare una nuova istanza di fissazione di udienza entro il termine di 180 giorni dall'entrata in vigore del codice; altrimenti il ricorso è dichiarato perento con decreto del presidente; revocabile se nei 180 giorni dalla comunicazione dello stesso, il ricorrente manifesta il perdurante interesse alla trattazione della causa, con un atto sottoscritto personalmente e dal difensore e notificato alle altre parti.

La comunicazione da parte della segreteria è fatta ex post dopo l'emanazione del decreto e, in questo caso, la tardiva manifestazione di interesse avrà costretto gli uffici a maggiori adempimenti rispetto al sistema a regime (emanazione del decreto e comunicazione dello stesso decreto, in luogo della mera comunicazione ex art. 82 del Codice).

Inoltre, è prevedibile che l'obiettivo di una ricognizione del contenzioso sia difficilmente raggiungibile, in quanto l'assenza di termini perentori per l'adozione del decreto e per la successiva comunicazione dello stesso determinerà che parte del contenzioso dichiarato estinto si riaprirà, con notevoli problemi per la formazione dei dati statistici sulla produttività degli uffici e sui ricorsi pendenti.

Viene, quindi, vanificato l'obiettivo di giungere ad una seria ricognizione dell'arretrato e il falso dato dei ricorsi estinti, ma suscettibili di "rivivere" con semplice dichiarazione di parte, è destinato ad incidere negativamente anche sui progetti di smaltimento dell'arretrato.

Un'ultima notazione sulla tecnica utilizzata dal Governo nella riformulazione degli articoli: a differenza del testo proposto dal Consiglio di Stato, si è fatto un massiccio utilizzo della tecnica del rinvio ad altri articoli, che, se utilizzata costantemente, rende poco leggibile il testo normativo in contrasto con la chiarezza che dovrebbe caratterizzare un intervento di riforma, quale quello del Codice. A mero titolo esemplificativo, si indica l'art. 62, comma 4, dove sono presenti ben quindici rinvii ad altre disposizioni del Codice con l'utilizzo di una tecnica di redazione che rende difficoltosa la comprensione della regola.

Ancor prima della definitiva approvazione del Codice il coro di critiche mosse alle modifiche apportate dal Governo è stato quasi unanime.

Alcune dai toni aspri: "Un anonimo sforbiciatore, che ha affermato di agire in nome del Ministro del Tesoro per contenere un possibile aumento della spesa pubblica, ha surrettiziamente mutilato il testo predisposto da una apposita commissione costituita in esecuzione della legge delega presso il Consiglio di Stato e ci ha aggiunto qualcosa di suo per trasformare, quel che doveva essere un processo paritario, in una sorta di giustizia domestica preunitaria. Insomma in qualcosa di più arretrato rispetto al discorso di inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato scritto da Silvio Spaventa verso la fine dell'Ottocento."^{20[20]}

Altre dal contenuto severo: "Il codice rappresenta una grande opportunità per la riorganizzazione del processo amministrativo ma il giudizio sullo schema, dopo l'intervento dello "sforbiciatore ministeriale", non può che essere negativo."^{21[21]}

Altre ancora dirette a contestare il modo di procedere del Governo, che ha soppresso articoli, faticosamente elaborati in Commissione, riscrivendoli, con modifiche sostanziali che così sono state sottratte al parere del Consiglio di Stato (oltre che della commissione, come pur previsto dalla norma di delegazione).^{22[22]}

^{20[20]} F. MERUSI, *In viaggio con Laband ...*, in www.giustamm.it, aprile 2010.

^{21[21]} F.G. SCOCA, in *Resoconto del convegno svoltosi presso il Consiglio di Stato il 19 maggio 2010 "Il processo amministrativo (ieri - oggi - domani)"* (a cura di M. NUNZIATA), in www.giustamm.it, maggio 2010..

^{22[22]} N. SAITTA, *Il codice che poteva essere...*, in www.giustamm.it, aprile 2010, manifesta la delusione e lo sconcerto per il *modus operandi*, che porta il Consiglio dei Ministri ad esaminare, nella sua prima seduta, un testo tanto falcidiato, senza indicare chi l'ha falcidiato? In quale sede? Con quanta legittimazione e legittimità? Si chiede chi ha eliminato l'azione di adempimento se non chi sarebbe stato proprio il principale destinatario di quella condanna cui l'esercizio di quell'azione avrebbe potuto portare ?

In altri casi le critiche si appuntano su singoli aspetti, quali la scarsa attenzione al tema cruciale della ‘funzionalità’ del processo amministrativo, una non completa attuazione del principio della parità delle parti, la cattiva redazione di alcune disposizioni.^{23[23]}

L’eliminazione delle azioni di accertamento e di adempimento ha costituito il profilo, su cui maggiormente si sono soffermate le critiche.

E’ stato evidenziato che le modifiche apportate dal Governo sono un arretramento della linea di incisività della tutela, insieme alla eliminazione dell’azione di adempimento, dell’azione di accertamento e alla abolizione dei principi generali, che avrebbero potuto essere, invece, valorizzati, quali il diritto della parte alla decisione di merito, il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, il principio del pieno accesso agli atti e la piena conoscenza dei fatti, l’incidenza del rilievo costituzionale degli interessi azionati ai fini della ragionevole durata.^{24[24]}

In realtà, l’impressione è che le ragioni di evitare maggiori costi nulla hanno a che fare con le correzioni apportate dal Governo e che sia un altro il filo conduttore che unisce tali modifiche.

Tale filo conduttore va individuato nella paura del Governo di rendere la tutela del cittadino realmente effettiva; nel timore di esporre una amministrazione inefficiente alle iniziative del privato.

Nella consapevolezza dell’ammissibilità di alcune azioni anche a normativa vigente, si è preferito non codificarle, non renderle chiare ed evidenti al cittadino, in totale contrasto con le ragioni stesse dell’intervento di codificazione.

Per di più, un tale approccio è nel medio e lungo periodo idoneo a pregiudicare le stesse esigenze di contenimento dei costi, dichiaratamente perseguite.

Se vi è la consapevolezza di avere una amministrazione in parte inefficiente, la presenza di un giudice amministrativo in grado di “pungolare” la p.a. quando sbaglia con strumenti efficaci costituisce un elemento, che dovrebbe aiutare l’amministrazione a ridurre gli errori.

Il timore di dare al giudice amministrativo strumenti troppo efficaci è, invece, prevalso anche in sede di valutazione delle osservazioni formulate dalle Commissioni parlamentari.

In presenza di osservazioni articolate si è scelto di recepire solo quelle che potevano ridurre gli spazi di tutela.

Ad esempio, le osservazioni aventi ad oggetto l’eliminazione dell’azione di accertamento anche con riferimento alla nullità, sono state recepite solo per introdurre un discutibile termine di decadenza per l’azione di nullità, aggiungendo tuttavia che la nullità dell’atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d’ufficio dal giudice.

Quindi, se il privato ricorrente chiede l’accertamento della nullità di un atto deve rispettare il termine di decadenza di 180 giorni, ma se l’accertamento della nullità viene chiesto dalla parte resistente (che in genere è l’amministrazione) tale limite temporale non si applica, come non si applica se il giudice rileva d’ufficio la nullità.

Il sistema non è chiaro e non sembra essere simmetrico: l’atto nullo è inefficace di diritto, ma in questo caso l’invalidità non può essere fatta valere da chi ha interesse a contestare l’atto, decorsi 180 giorni, ma se la stessa nullità viene invocata – ad esempio -.dall’amministrazione per sottrarsi dall’applicazione di un atto nullo favorevole ad un privato, non vi è alcun termine di decadenza per far valere il vizio.

Infine, il termine di decadenza di 180 giorni assomiglia di più al termine di decadenza per l’azione di annullamento, che non ai tre anni che ad esempio l’ art. 2379 c.c. fissa per l’esercizio dell’azione di nullità in materia di delibere societarie.

Altro esempio: per la domanda di risarcimento del danno da inosservanza dei termini di conclusione del procedimento, il testo finale del Codice conferma che, fintanto che perdura l’inadempimento,

^{23[23]} A. TRAVI, *Osservazioni generali sullo schema di decreto legislativo con un ‘codice’ del processo amministrativo*, in www.giustamm.it, maggio 2010.

^{24[24]} L. IANNOTTA, *Intervento al seminario sui Libri IV e V (ottemperanza, riti speciali e norme finali) del progetto di Codice del processo amministrativo svoltosi il 7 maggio 2010 presso l’Istituto per ricerche e attività educative*, Resoconto in www.giustamm.it, maggio 2010.

non può decorrere alcun termine per l'esercizio dell'azione risarcitoria e nella stessa relazione si continua a fare riferimento alla natura permanente dell'illecito; tuttavia, in accoglimento di un'osservazione parlamentare, si è stabilito che il termine decadenziale inizi comunque a decorrere con lo spirare di un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento in esito al quale si sarebbe dovuto provvedere.

I due periodi del comma 4 appaiono porsi in contraddizione: affermare che il termine per proporre l'azione risarcitoria non decorre fintanto che perdura l'inadempimento e aggiungere subito dopo che lo stesso termine inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere significa negare la prima proposizione e stabilire una regola diversa.

La soluzione accolta si pone in contrasto con quanto indicato nella stessa relazione governativa circa la già ricordata natura permanente dell'illecito e circa il fatto che "fintanto che perdura l'inadempimento, non possa decorrere alcun termine per l'esercizio dell'azione risarcitoria, in quanto l'inosservanza del termine di conclusione del procedimento costituisce un illecito di carattere permanente, in relazione al quale non vi è alcuna ragione di certezza delle posizioni giuridiche che giustifichi il consolidamento di una (illecita) situazione di inerzia" (testualmente dalla relazione del Governo).

Più comprensibile, anche se in linea con logica della diminuzione della tutela, è stata la reintroduzione del principio della non impugnabilità degli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico.

Qualche modifica positiva vi è stata, come l'eliminazione della preclusione in materia di appalti del risarcimento da perdita di chance, ma è stata una modifica con cui il Governo si è auto corretto rispetto alla norma che aveva appena introdotto con il D. Lgs. n. 53/2010 e che era stata subito sospettata di incostituzionalità e di incompatibilità comunitaria.

Per il resto, sono rimaste inascoltate le richieste delle commissioni parlamentari di reinserire l'azione di accertamento e di adempimento; di eliminare l'eccezionalità del ricorso alla CTU; di reinserire nel Codice la c.d. class action contro la p.a.; di istituire le sezioni stralcio per lo smaltimento dell'arretrato.

A conferma che è prevalso il timore di una tutela realmente effettiva.

4. L'entrata in vigore del Codice tra delusioni (..per quello che poteva essere) e speranze (... per quello che sarà).

Il dibattito sulla bontà del nuovo Codice del processo amministrativo si era già aperto, come indicato in precedenza, durante l'iter di formazione del testo ed è prevedibile che si intensificherà dopo l'entrata in vigore del Codice, fissata al 16 settembre 2010.

Al momento si registra una diffusa delusione per quello che poteva essere, e non è stato.

L'occasione per costruire un modello di processo amministrativo all'avanguardia in Europa era unica e probabilmente l'occasione è stata persa, ma ciò non significa che senza alcune norme il codice non serva a nulla, come da alcuni sostenuto.^{25[25]}

Il Codice ha, infatti, spezzato il predominio dell'azione di annullamento sull'intero processo amministrativo e tale effetto è stato ottenuto attraverso una riscrittura delle singole disposizioni processuali, ora non più ispirate al solo modello impugnatorio.

Su tale elemento le modifiche governative non hanno potuto incidere, dovendo altrimenti essere riscritto l'intero testo.

La codificazione delle azioni è, comunque, avvenuta e, nonostante l'eliminazione delle azioni di accertamento e di adempimento, nel Codice sono rimasti i germi per garantire l'esercizio di una pluralità di azioni; cosa che la dottrina invocava da decenni.^{26[26]}

^{25[25]} A. ROMANO TASSONE, *Così non serve a niente*, in www.giustamm.it, aprile 2010

^{26[26]} Vedi M. NIGRO, *La riforma del processo amministrativo*, Milano 1980, che raccoglie alcuni suoi scritti sul processo e le sue parole tornano di attualità anche nel presente momento storico; basti pensare ad un suo scritto del 1978 sulla riforma del processo amministrativo, in cui si trovano molti spunti per l'introduzione dell'azione di

Le potenzialità della nuova azione di condanna atipica (“all’adozione di ogni altra misura idonea a tutelare la posizione giuridica soggettiva”) sono ancor tutte da esplorare e lo faranno la giurisprudenza amministrativa e la dottrina, in continuazione con quel processo evolutivo, che si pensava il Codice potesse interrompere, ma che prevedibilmente non subirà arresti.

Certo, la codificazione dell’azione di adempimento avrebbe rappresentato una forte spinta verso l’effettività della tutela del cittadino e avrebbe dato piena attuazione al criterio di delega, che richiedeva di prevedere le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa. La disciplina espressa di una azione è cosa diversa dal poter ottenere lo stesso risultato in via pretoria, soprattutto nel momento in cui si sceglie la strada dell’approvazione di un Codice del processo amministrativo.^{27[27]}

Tornando agli aspetti positivi, va rilevato che il principio del contraddittorio pervade il Codice: le repliche alle memorie, le maggiori possibilità di contraddittorio nella fase cautelare sono alcuni esempi, ma forse la norma maggiormente significativa è quella introdotta dall’art. 73, comma 3, che stabilisce che il giudice, se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d’ufficio, deve indicarla in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest’ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie.^{28[28]}

Il contraddittorio opera, quindi, anche rispetto ai poteri officiosi del giudice, in modo che le parti possano appunto contraddire sui presupposti per l’esercizio di tali poteri e sulla questione rilevata d’ufficio.

“In un sistema processuale come quello vigente fondato sul principio del contraddittorio la rilevabilità d’ufficio di una questione da parte del giudice non significa che, per ciò stesso, tale questione possa essere decisa d’ufficio senza esser sottoposta al contraddittorio delle parti” – aveva affermato qualche anno fa l’adunanza plenaria del Consiglio di Stato^{29[29]}, ma il principio non era stato poi attuato con costanza e ora il Codice le recepisce.

Inoltre, il Codice rafforza alcuni strumenti di accelerazione dei giudizi, come le sentenze in forma semplificata, idonei a perseguire la ragionevole durata del processo.

Nella direzione di una tutela più rapida si pone anche l’ammissibilità del cumulo di domande e della conversione delle azioni e del rito; previsione che allontana inutili formalismi, che costringevano il cittadino a percorsi tortuosi per avere giustizia a dispetto del principio di concentrazione.^{30[30]}

E’ stato evidenziato, inoltre, che l’eliminazione di alcuni principi fondamentali che dovrebbero caratterizzare il processo come un processo paritario fra lo Stato e il cittadino è facilmente recuperabile dalla dottrina partendo dai principi comunitari e dal diritto vivente.^{31[31]}

Un giudizio sostanzialmente positivo merita anche il superamento della pregiudiziale amministrativa con una norma di compromesso, la cui principale utilità è quella di far cessare i contrasti tra le due giurisdizioni.

adempimento e di accertamento e per quella riforma della giustizia amministrativa che Nigro aveva agognato, consapevole dell’insufficienza dell’azione di annullamento a garantire in modo effettivo la tutela nei confronti dell’esercizio o del mancato esercizio del potere. M. NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1978, 249 e in M. NIGRO, *Crisi del giudizio di annullamento, prospettive e linee di tendenza del processo amministrativo*, in L. MAZZAROLLI (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo (Atti del convegno di studio – Padova, 10-11 aprile 1987)*, Padova, 1990, 17.

^{27[27]} F. MERUSI, *Relazione tenuta al Seminario “La sistematica delle azioni nel nuovo processo amministrativo”, organizzato dal Dipartimento di Studi Giuridici “Angelo Sraffa” dell’Università Bocconi di Milano e dalla Scuola di specializzazione per le professioni legali delle Università Bocconi e di Pavia, tenutosi il 6 maggio 2010 presso l’Università Bocconi*, in *www.giustamm.it*, giugno 2010. Merusi rileva che ci troveremo in posizione arretrata per es. rispetto al Portogallo (che ha fatto di recente una riforma del processo amministrativo e ha previsto un’azione simile). Rimarremo probabilmente l’unica cenerentola nell’ambito dei processi amministrativi europei.

^{28[28]} Dà un giudizio favorevole in ordine alle nuove regole del contraddittorio, F. MERUSI, *Relazione*, cit.

^{29[29]} Cons. Stato, Ad. plen., 24 gennaio 2000 n. 1.

^{30[30]} Con favore rispetto alla conversione del rito, si esprime M. RAMAJOLI, *Osservazioni sui riti speciali*, in *www.giustamm.it*, giugno 2010.

^{31[31]} F. MERUSI, *In viaggio con Laband ...*, in *www.giustamm.it*, aprile 2010.

Fin dalla versione licenziata dal Consiglio di Stato il Codice ha scelto, ai fini del superamento dei contrasti, la strada della rilevanza: la mancata impugnazione dell'atto fonte del danno non è pregiudiziale, né indifferente ai fini della domanda di risarcimento, ma è rilevante, nel senso che è un elemento che assume rilievo per l'esame della domanda risarcitoria.

Il termine di decadenza per proporre la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi era già stato ipotizzato dalla Cassazione con le ordinanze del giugno del 2006 e la riduzione da 180 a 120 giorni, operata dal Governo, è una scelta opinabile, ma di per sé compatibile con i principi costituzionali.

La previsione che il giudice escluda il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti, riecheggia quella dell'art. 1227, comma 2, c.c., salvo includere – tra gli oneri del danneggiato – anche l'attivazione degli strumenti di tutela, con formulazione che si discosta lievemente da quella proposta dal Consiglio di Stato.

Soluzione non lontana da quella vigente in Germania e nell'Unione europea, che non sembra essere stata intaccata dalle modifiche del Governo.^{32[32]}

Le reali differenze tra soluzione proposta dal Consiglio di Stato ed esaltata come idonea a superare ogni contrasto dai vertici delle due giurisdizioni consistono nella riduzione da 180 a 120 giorni del termine di decadenza, dalla sostituzione del termine “può escludere” con “esclude” e dall'eliminazione al riferimento all'invito all'autotutela ai fini dell'assolvimento dell'onere di diligenza del danneggiato.

Alcuni degli argomenti critici che ora vengono mossi per affermare che in realtà si tratterebbe di una “pregiudizialità mascherata” sono argomenti che tendono in realtà a sostenere la tesi dell'assoluta indifferenza dell'azione di risarcimento rispetto all'azione di annullamento; tesi che però non è stata mai proposta né dalla Cassazione né in sede di lavori del Codice e che è del tutto minoritaria anche con riferimento agli altri ordinamenti europei.^{33[33]}

Uno degli aspetti per il quale le delusioni prevalgono sulle speranze è costituito dalla perdurante assenza nel processo amministrativo di una fase istruttoria, in cui, prima dell'udienza, il giudice “prenda in mano il fascicolo, veda di cosa ci sia bisogno”, rilevi la mancanza di documentazione o la necessità di atti istruttori, in modo da arrivare all'udienza senza che manchi nulla per arrivare ad una decisione.^{34[34]}

Non vanno dimenticati gli insegnamenti della dottrina sull'importanza della prova e dell'accesso al fatto nel processo amministrativo e per dare massima attenzione al fatto è necessaria una istruttoria adeguata.^{35[35]}

E' stato anche rilevato che l'analisi sistematica dei ricorsi da parte di un giudice istruttore potrebbe comportare un onere ingiustificato, dal momento che molti ricorsi sembrano destinati a non essere decisi^{36[36]} e l'osservazione è corretta, in quanto l'istituzionalizzazione di una sorta di udienza istruttoria finirebbe per allungare in modo notevole i tempi del processo.

Tuttavia, le critiche colgono nel segno laddove evidenziano che le novità introdotte dal Codice sono sul punto di non grande rilievo, limitate alla conferma delle delegabilità dei poteri istruttori

^{32[32]} Sul punto si rinvia al commento in R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, cit..

^{33[33]} R. VILLATA, *Resoconto del seminario sul libro II (il processo amministrativo di I grado) del progetto di codice del processo amministrativo svoltosi il 9 aprile 2010 presso l'università degli studi di Messina* (cura di L. CASOLI, U. GRAZIANA, L. MURGOLO), in *www.giustamm.it*, aprile 2010, rileva che in realtà, se si vuol parlare di azione risarcitoria autonoma con pregiudiziale “mascherata”, il principio appare affermato compiutamente già nelle tre ordinanze della Cassazione del 2006.

^{34[34]} R. VILLATA, *Resoconto*, cit. e F. MERUSI, *Relazione*, cit..

^{35[35]} M. NIGRO, *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, Milano, 1968, II, 769. In uno dei suoi ultimi discorsi (*L'avvocato amministrativista*) Nigro invitava gli avvocati amministrativi a dare la massima attenzione al fatto per valutare l'azione della p.a. (il discorso è pubblicato in P. GROSSI – M. NIGRO, *Mario Nigro giurista*, Milano, 1998).

^{36[36]} A. TRAVI, *Osservazioni generali*, cit.

presidenziali e alla possibilità che, in sede di esame della domanda cautelare, il collegio adotti, su istanza di parte, i provvedimenti necessari per assicurare la completezza dell'istruttoria e l'integrità del contraddittorio.

Si poteva pensare, ad esempio, ad anticipare la nomina del relatore a quattro mesi prima dell'udienza con attribuzione di poteri istruttori, sempre al fine di disporre gli adempimenti istruttori o l'integrazione del contraddittorio. In questo modo non vi sarebbe alcuno spreco di risorse ed energie e si assicurerebbe l'esigenza dell'arrivo in udienza di un fascicolo istruito.

Tale modalità non è esclusa dal Codice, ma è rimessa alle iniziative organizzative del presidente.

In definitiva, emergono luci e ombre dopo una prima lettura del Codice e non resta ora che attendere la sua entrata in vigore e il primo periodo di collaudo per verificare se prevarranno le delusioni (...per quello che non è stato) o le speranze (... per quello che sarà).

5. Conclusioni: “il bicchiere è mezzo pieno”.

Dopo aver preso in esame le delusioni e le speranze generate dall'approvazione del Codice, non ci si può sottrarre dall'esprimere un giudizio complessivo sull'operazione posta in essere.

Nella consapevolezza che su molte questioni si è persa un'occasione, si anticipa che il giudizio, pur con molte riserve, è positivo e conduce a ritenere “il bicchiere mezzo pieno”.

In primo luogo, l'aver portato a compimento l'approvazione del Codice è un risultato di assoluto rilievo per chi ha ideato e creduto nella bontà dell'operazione, soprattutto tenuto conto dei plurimi fallimenti del passato.

Ma ovviamente il giudizio non si può fermare qui, accontentandosi di un codice a qualunque costo a prescindere dal contenuto.

E' stato evidenziato che con il nuovo codice la giustizia amministrativa diventa definitivamente giurisdizione amministrativa, si emancipa definitivamente dall'ipoteca di un'antica legislazione emanata in un'epoca in cui il g.a. non poteva nemmeno essere definito come giudice, ed acquisisce un suo vero e proprio statuto che la pone accanto a quella civile e penale.^{37[37]}

Il testo elaborato dal Consiglio di Stato era certamente migliorabile in diversi punti e si auspicava che ciò sarebbe potuto avvenire nella fase successiva dei pareri delle Commissioni parlamentari; non è andata così e quella fase è stata giocata in difesa di regole nel frattempo espunte.

Non va però dimenticato che il codice, entro due anni dalla sua emanazione, come espressamente previsto dalla legge di delega, potrà essere soggetto a modifiche, le quali, peraltro, in conformità alla natura dei decreti c.d. correttivi e integrativi, quale più volte definita dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, dovranno porre rimedio ad eventuali sviste o lacune e introdurre i miglioramenti che siano apparsi necessari o opportuni nel corso della prima applicazione della nuova disciplina.^{38[38]}

La fase di “collaudo” del Codice sarà, quindi, importante e fortunatamente il Codice è snello, relativamente aperto e suscettibile di diverse interpretazioni, senza costringere la giurisprudenza amministrativa in angusti spazi, che non ha mai conosciuto e dando a dottrina e giurisprudenza la possibilità di continuare il cammino verso una continua evoluzione del processo amministrativo.

^{37[37]} R. GISONDI, *Alcune riflessioni sulla permanenza di un'azione di adempimento nell'ultima bozza del nuovo codice amministrativo*, in www.giustamm.it, giugno 2010, secondo cui il sistema delle azioni, come è intuibile, costituisce il cuore stesso di questa operazione e le modifiche apportate dal Governo fanno pensare ad un colpo di coda della parte più tradizionalista dei giudici amministrativi contrari ad un'evoluzione troppo spinta del processo e timorosa che, attraverso l'azione di adempimento il GA possa assumere in prima persona compiti di amministrazione attiva riservati alla p.a. Anche se poi conclude che vi è più di un motivo per dubitare che nella sua attuale versione debba ritenersi davvero espunta ogni tutela reintegratoria o ripristinatoria degli interessi legittimi pretesivi.

^{38[38]} Ricorda ciò, P. DE LISE, *Verso il Codice del processo amministrativo*, cit., aggiungendo che i correttivi non dovranno operare alcuna “controriforma”, evitando gli stravolgimenti verificatisi in altre occasioni (basti pensare al codice dei contratti pubblici), in contrasto sia con i principi cui si è inteso informare il testo che con quelli che regolano la delegazione legislativa e, in particolare, i termini entro i quali essa deve essere attuata.

Si potrebbe obiettare che, dopo tante attese riposte nella codificazione, si finisca per invocare ancora una volta l'apporto pretorio degli stessi giudici.

E' una responsabilità di grande rilievo che grava sui giudici e che è stata acutamente definita come "quella di non comportarsi come coloro che, guardando il ritratto di Dorian Gray, specchiandosi in esso; si vedono sempre giovani, ma rischiano di ritrovarsi improvvisamente vecchi".^{39[39]}

Ma vi è più di un motivo per essere ottimisti nella capacità del giudice amministrativo di accettare e sostenere questa sfida.

In primo luogo, dall'operazione Codice, il Consiglio di Stato e i giudici amministrativi escono rafforzati, essendo riusciti ad elaborare un testo, privo di tentazioni autoreferenziali o corporative e avendo dimostrato di potersi aprire alla realtà esterna senza preconcetti.

Forse, le successive correzioni apportate al testo dal Governo finiscono per accentuare tale giudizio positivo, rendendo evidente la diversità di approccio, sotto il profilo della ricerca dell'effettività della tutela, tra la Commissione istituita presso il Consiglio di Stato e gli uffici della Presidenza del Consiglio e, più in generale, del Governo.

Non può tuttavia essere negato che il Consiglio di Stato ha saputo proporsi in questa occasione come valido interprete di una funzione "consultiva", intesa nel senso più nobile del termine; intesa come apporto tecnico alla redazione di un testo normativo; ed è emersa nettamente la differenza tra il ruolo istituzionale svolto dalla Commissione e dai giudici amministrativi e dagli altri componenti che ne hanno fatto parte e l'ausilio che analoghe professionalità hanno dato alla successiva fase di correzioni governative.

Quando il Consiglio di Stato è chiamato istituzionalmente a dare il proprio apporto fuori dall'ambito giurisdizionale, lo fa con modalità che non differiscono di molto dall'esercizio delle funzioni giurisdizionali; mentre lo stesso non può essere detto quando l'apporto viene dato dai singoli, chiamati dal governo a fornire il proprio contributo. Non è la stessa cosa.

Un segnale di ciò è arrivato proprio il giorno della pubblicazione del Codice in gazzetta ufficiale (7 luglio 2010); in quello stesso giorno è stata pubblicata la sentenza della Corte Costituzionale 7 luglio 2010 n. 236, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 83-*undecies* del decreto del Presidente della Repubblica 16 maggio 1960, n. 570 (Testo unico delle leggi per la composizione e la elezione degli organi delle Amministrazioni comunali), nella parte in cui - secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, costituente diritto vivente - escluderebbe la possibilità di un'autonoma impugnativa degli atti del procedimento preparatorio alle elezioni, ancorché immediatamente lesivi, anteriormente alla proclamazione degli eletti.

E' vero che la sentenza ha colpito non il Codice, ma un precedente orientamento del Consiglio di Stato, qualificato come diritto vivente^{40[40]}, ma è anche vero che il Consiglio di Stato si era dimostrato in grado di auto emendarsi e di correggere, nel testo proposto del Codice, quell'orientamento, ammettendo l'impugnabilità di tutti gli atti della fase preparatoria delle elezioni sottoposte alla sua giurisdizione.

Le modifiche apportate dal Governo hanno limitato l'immediata impugnabilità alle sole esclusioni delle elezioni amministrative con legittimazione ristretta ai delegati delle liste e dei gruppi di candidati esclusi.

La fattispecie esaminata dalla Consulta era relativa all'impugnazione di un provvedimento di esclusione e, per le esclusioni, la non impugnabilità immediata degli atti preparatori delle elezioni europee e la limitazione alla legittimazione alla immediata impugnazione degli atti preparatori delle elezioni amministrative solo ai delegati delle liste e dei gruppi di candidati esclusi (previste dal

^{39[39]} A. PAJNO, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, cit., 119, il quale aggiunge che un'altra responsabilità più generale, incombe, d'altra parte, su tutti i giudici, di ogni ordine di giurisdizione, comunque interessati alla vicenda del riassetto delle norme sulla giustizia amministrativa: occorre evitare di comportarsi come gli abitanti delle *città invisibili* di Italo Calvino, attentissimi a ciò che succede al proprio interno, e incapaci di rendersi conto che è rimasta invisibile una grande città che è sorta intorno a loro. Il codice può, aiutare a rendere visibili le città invisibili, a mostrare e rendere palesi i cambiamenti che sono già intervenuti.

^{40[40]} Cons. Stato. Ad. plen., 24 novembre 2005, n. 10.

Codice) si pongono in diretto contrasto con i principi affermati dalla Corte, anche se si renderà necessario sollevare una questione di costituzionalità.

Non vi può essere, infatti, alcun valido motivo perché la limitazione della tutela sia possibile per le elezioni europee e perché per alcuni soggetti legittimati al ricorso operi una limitazione sui tempi della tutela, che nella sostanza preclude quella componente essenziale costituita dalla fase cautelare.

Un discorso diverso potrebbe essere fatto per le ammissioni, ma l'impressione è che i principi affermati dalla Corte travolgano anche la limitazione all'immediata impugnabilità per tali atti, che sono espressamente richiamati in un sopra menzionato passaggio motivazionale della sentenza.

Una delle modifiche effettuate dal Governo rispetto al testo approvato dal Consiglio di Stato non nasce, quindi, sotto una "buona stella" ed anzi subisce, nel giorno stesso della pubblicazione del testo in gazzetta ufficiale, una bocciatura da parte del giudice delle leggi, riguardo alla cui entità si dovrà attendere i successivi e probabili giudizi dopo l'entrata in vigore del Codice.

Il testo proposto dal Consiglio di Stato era, invece, già in linea con i principi affermati dalla Corte Costituzionale e tale dato, su cui si deve riflettere, costituisce una prima immediata conferma delle valutazioni fin qui svolte.

Ma ora il compito del Consiglio di Stato e dei giudici amministrativi tutti non è quello di guardare al recente passato e limitarsi a compiacersi di riscontri ex post della bontà del testo proposto rispetto a quello approvato.

Dal 16 settembre 2010 in poi tutto questo appartiene al passato e il compito dei giudici è quello di guardare avanti, non di restare fermi o volgere lo sguardo indietro; i giudici amministrativi devono oggi prendere atto che con il Codice si è compiuto un passo importante per la costruzione del sistema costituzionale della giurisdizione amministrativa.

Le lacune del Codice non devono costituire un alibi, ma rappresentare uno stimolo per porsi al passo con i tempi e dimostrarsi in grado di dare nuovo impulso alla evoluzione del processo amministrativo verso l'effettività della tutela, di cui il Codice costituisce una tappa, una tappa importante, ma non il punto di arrivo.

Il punto di arrivo si trova ogni giorno nelle aule di udienza ed è costituito dal dare risposta alle domande di giustizia che provengono dai cittadini e il compito del giudice è quello appunto di dare giustizia e, per farlo, deve avere, e saper applicare e modellare, strumenti processuali efficaci, messi a disposizione delle parti.

Questa è la sfida.

E il giudice amministrativo, supportato dalla dottrina e dal foro, deve dimostrarsi in grado di accettarla e di vincerla.
