

La difesa nel nuovo processo*

di

Gianluigi Pellegrino

Avvocato

Pubblicato sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it/> il 23 dicembre 2010

Sommario

0. Premesse

- L'avvocato e il codice. "Viva il codice" o "maledetto codice".

La generazione dei Tar e noi figli della 205. Il codice ci guarda.

- Volevamo il codice? Il rito pretorio non finisce (rinvio alle conclusioni).

*

1.0. Il codice e un processo di parti equiordinate.

1.1.1. Rafforzamento del giusto contraddittorio nella fase cautelare (artt. 55, 2° co. e 56, 2° co.).

1.1.2. Obbligo per il giudice di sottoporre alle parti la questione rilevata di ufficio (art. 73, 3° comma).

1.1.3. La memoria di replica (73, 1° co.).

1.1.4. La piena equiparazione tra ricorrente principale e ricorrente incidentale (artt. 40-46). La fine (speriamo) della iperprotezione dell'incidentale.

1.1.5 Riproposizione questioni assorbite (101, 2° co.).

1.1.6. Appello incidentale tardivo (96, 5° co.).

1.1.7. Liquidazione del danno: il giudice è meno libero di limitarsi ai criteri (art. 34, 4° co.).

1.1.8. Sinteticità (art. 3).

*

1.2. Il sorprendente taglio del principio di “parità effettiva”. L’anima del codice e qualche resistenza; il ritorno dello spazio pretorio e di nuovi traguardi per la difesa-

2.0. Le due anime del codice e nuovi traguardi per la difesa (segue).

2.1. Nelle azioni.

2.2. Nelle prove

2.3. Come può uno scoglio arginare il mare

2.4. L'immediato monito della Consulta

3.0. La difesa e il dialogo tra le giurisdizioni. Il mare aperto delle tutele.

3.1. Il riparto

3.2. La translatio azzoppata (art. 11) .

*** * ***

4.0. Accesso alla tutela e tempi del giudizio. La regola del buon arbitro in campo.

Rispettata con qualche eccezione.

4.1. L’ossessione della competenza territoriale (artt. 13, 14 e 15). Dal turismo cautelare all’ingorgo processuale!

4.2. Il taglio al ricorso straordinario (artt. 7, co. 8; 120, 1° co. e 128). I limiti della delega.

4.3. Azione autonoma e reciproci inganni.

4.4. Il rebus del danno da ritardo

Conclusioni

Rito pretorio: un nuovo inizio. Il codice ci chiede una mano.

* * * * *

0. Premesse. L'avvocato e il codice. "Viva il codice" o "maledetto codice".

La generazione dei Tar e noi figli della 205. Il codice ci guarda.

Tra le prove sul campo che il nostro codice deve superare, la valutazione da parte degli avvocati amministrativisti, potrebbe essere quella più severa. Non necessariamente negativa, ma severa e meticolosa senz'altro. Peraltro anche noi avvocati saremo in qualche modo sotto esame, messi alla prova del codice. Come del resto i giudici e tutti gli attori del processo. Perché il codice come ogni importante creatura, una volta messa al mondo non sta lì solo ad attendere il nostro giudizio, a seguire le nostre indicazioni ad attendere le nostre correzioni; ma assume vita propria e ci giudica anche lui. Anche il codice ci guarda. In primo luogo ci chiama ad essere coerenti con la scelta di averlo messo al mondo.

Perché gli avvocati in particolare? Non solo in quanto attori del sistema ma:

- perché il codice interviene in un materia che si è formata e consolidata sulla prassi pretoria dove gli avvocati sono insieme formanti e fruitori (e per essi l'utenza) del servizio in questo modo realizzato;
- perché sulla base di tale prassi si sono raggiunti livelli eccellenti di soddisfazione per gli utenti e quindi per gli operatori e per gli avvocati in primo luogo. E ciò in un panorama complessivo del "servizio giustizia", che in tutti gli altri settori, vede l'insoddisfazione, se non la scoraggiata rassegnazione, raggiungere la massima diffusione

Per questo è in qualche modo fatale domandarsi se tra i corridoi dei nostri studi e le attese nelle anticamere di udienze rimbomberà più spesso l'esclamazione "viva il codice" o l'imprecazione "maledetto codice". E se è fatale che ogni novità venga accolta con le lenti

entrambe deformanti della diffidenza o dell'entusiasmo, non è forse inutile cercare di analizzare più nel dettaglio l'incontro tra avvocati e nuovo codice, ed in questa prospettiva il parziale ma per questo peculiare punto di vista degli amministratori visti della mia generazione.

Perché i nostri padri hanno iniziato svolgere il ruolo e la funzione dell'avvocato in un'epoca in cui la giustizia civile non era ancora al collasso e sul territorio (lontano da Roma) l'avvocato era l'avvocato civilista. La giustizia amministrativa era chiusa a pochissimi eletti, tutta romana connotata da una fierezza e da una autoreferenzialità aristocratica.

Quando arriva la regionalizzazione e arrivano i Tar, in provincia sono inevitabilmente accompagnati da una reputazione della giustizia amministrativa come giustizia formale per più versi inafferrabile: il ritornello beffardo era "il penale il fatto, il civile il diritto, l'amministrativo il nulla"

Così che nel nuovo mondo ci si finisce per lanciare più per disperazione che per scelta; avvocati trentenni dell'epoca che non riuscivano nel mercato dei grandi studi di diritto civile a trovare spazi autonomi, scelsero quella scommessa.

E però la fase si rivelò sostanzialmente magica in quanto l'apertura dei Tar si accompagnava con la prima e poi con la seconda regionalizzazione così configurando una giustizia **nuova** chiamata ad applicare anche **un diritto nuovo**.

Si apre così - all'inizio a fatica ma poi in crescendo tumultuoso di proficua dialettica tra Tar e Consiglio di Stato - la generazione degli avvocati amministrativisti nostri padri che potremmo definire per questo la **generazione dei Tar**: tramonta la pregiudizialità del ricorso gerarchico, crolla il mito della definitività, si afferma la pienezza della tutela cautelare. La giustizia amministrativa compie a tappe progressive il cammino verso

pienezza ed effettività della tutela. Un percorso che, lungo un quarto di secolo, avrebbe trovato consacrazione e ulteriore spinta propulsiva nella legge 205/00.

*

La **nostra generazione** invece ha (tra gli altri) il privilegio di entrare in scena quando questo percorso ha già sostanzialmente raggiunto i traguardi più significativi, diciamo a cavallo della legge 205. Se i nostri padri sono quelli dei Tar noi siamo quelli della legge 205.

Ci siamo trovati dinanzi ad una realtà del tutto diversa da quella che trovarono loro. A fronte di una giustizia civile che (per ragioni obiettivamente complesse ed una serie di concause ordinamentali) andava incartandosi su sé stessa, la giustizia amministrativa nel frattempo notevolmente cambiata, rappresentava in qualche modo l'**isola felice** sia sul versante del funzionamento, sia su quello dei suoi riti (persino dei suoi ambienti delle sue strutture dei suoi palazzi), sia e soprattutto sul versante dell'effettività della capacità di erogazione di un servizio utile.

Una giustizia che aveva perso gran parte del suo formalismo ed era effettiva. Non ancora nelle norme, non ancora nelle forme, ma senz'altro nella sostanza.

Potremmo dire che siamo anche in questo "viziati"; i figli del benessere anche della giustizia amministrativa. I figli appunto della 205.

Per noi la sola giustizia amministrativa che abbiamo conosciuto è fondamentalmente una giustizia **di libertà**. Di presidio di garanzia contro gli abusi del potere; di contropotere. Noi non riusciamo nemmeno a immaginare cosa possa voler dire la giustizia amministrativa come giustizia **nell'**amministrazione se non interpretata come giustizia nei confronti dell'esercizio del potere e della pubblica funzione. Non a caso abbiamo sempre durato fatica a comprendere perché le sentenze del Consiglio di Stato si chiamassero "decisioni".

Noi siamo i figli del giudice amministrativo come lo ha definito la Corte costituzionale “il giudice naturale del corretto esercizio della funzione pubblica”. Che non a caso appare una novità ai nostri padri molto più di quanto non appaia a noi.

Siamo figli della compiuta affermazione dell’**interesse legittimo** non più quale mero strumento di legittimazione processuale ma come posizione giuridica che compone a pieno titolo il patrimonio della persona (fisica o giuridica) esattamente al pari del diritto soggettivo. Una posizione diversa ma di uguale dignità. La differenza che percepiamo sta nel fatto che mentre al diritto si contrappongono altri diritti del tutto estranei al primo, all’interesse legittimo si contrappongono non soltanto altri interessi legittimi ma anche un **interesse generale** dentro al quale c’è il medesimo interesse legittimo.

Intorno ad una **fontana** ciascuno ha interesse a bere il più possibile ma ha anche interesse acchè resti acqua per i giorni successivi per le altre funzioni necessarie di interesse generale e che quindi interessano pure lui (lavare le strade, coltivare i campi)

Sino a quando ci sarà società, comunità di convivenza, ci saranno interessi legittimi.

E sino a quando ci saranno interessi legittimi ci sarà un giudice naturale della funzione che incide su quegli interessi.

Così come il giudice civile è il giudice naturale dei diritti.

Per noi la tutela del cittadino è un corpo formato da diritti e interessi e retto da due gambe; il giudice civile e quello amministrativo.

Capiamo bene la natura dell’**interesse pubblico** sinchè coincide con interesse generale.

Non riusciamo invece proprio a comprenderlo quale interesse della pubblica amministrazione controparte processuale come meritevole di privilegiato trattamento.

Agli amministrativisti della mia generazione:

- risulta difficile comprendere **cosa si intenda per “specialità”** del giudice amministrativo: ci viene spontaneo osservare che “speciale” allora può definirsi pure il giudice civile;

- e per speculari ragioni risulta difficile comprendere quali mai possano essere le paure che carsicamente riemergono di un superamento del giudice amministrativo; di un suo assorbimento in una unica giurisdizione. Quando invece ci sembra che sino a quando il giudice amministrativo saprà svolgere con crescente efficacia il ruolo naturale che la realizzazione del disegno costituzionale gli assegna, non vi possa essere nessuno in grado di metterlo in discussione per la banale ragione che lo impedirebbe la forza delle cose.

*

Ed allora è fatale ed in qualche modo spietato che proprio a noi si domandi se il codice sia il passo giusto per proseguire questo percorso, per completare e insieme far ripartire l'opera di chi ci ha preceduto, come è giusto che la società da noi pretenda e come è lecito per noi aspirare.

*

- Volevamo il codice? Il rito pretorio non finisce (rinvio alle conclusioni)

Ma se il processo amministrativo che noi abbiamo conosciuto dà buona prova di sé, era proprio necessario un codice?

Ci sono pareri discordi sul punto anche tra gli avvocati ma la risposta più convincente sembra essere: “Si era opportuno e necessario ma con alcune condizioni”.

La risposta affermativa è conseguenza non solo dalla necessità di riordino (sempre utile per l'operatore pratico) ma delle premesse di fondo che ho cercato di illustrare: per noi che viviamo la giustizia amministrativa come una delle due gambe fondamentali del sistema di tutela nei rapporti sociali e civili **era piuttosto strano che un codice non ci fosse.**

Pertanto sotto quest'angolo prospettico il codice per noi pone rimedio ad un'anomalia: se ci sono due grandi giurisdizioni, l'una dei diritti e l'altra degli interessi, è bene che entrambe abbiano la dignità e l'ordine di un codice.

Anche per certificare l'autonomia della disciplina processuale dalla realtà sostanziale oggetto di giudizio. E quindi per certificare - potremmo dire per differenza - la definitiva affrancazione dell'interesse legittimo dal processo. L'interesse quale posizione giuridica sostanziale, pienamente riconosciuta, preesiste ed è autonoma rispetto al processo; così come lo sono i diritti rispetto al processo civile.

Certo gli avvocati sanno bene che una delle leve che ha garantito il funzionamento della macchina processuale del GA è stato il **carattere pretorio** del giudizio; il suo modellarsi di volta in volta, caso per caso.

Ed allora il rischio dell'avvento della codificazione è oggettivamente quello dell'irrigidimento. In questo anche noi siamo incontentabili. Vogliamo l'ordine a la certezza della codificazione; ma allo stesso tempo l'agilità e la malleabilità del rito pretorio. **La botte piena e la moglie ubriaca.**

Da qui l'opzione per un codice per quanto possibile a maglie larghe non troppo prevaricatore della capacità pretoria del GA.

Un codice leggero.

Sul versante dei contenuti un codice che pur nel fisiologico irrigidimento prosegua senza tentennamenti nella strada indicata dalle Supreme corti e dalla migliore giurisprudenza di merito del giudice amministrativo.

Risolvendo per quanto possibile a livello normativo le poche sia pur rilevanti questioni che erano aperte e che causavano incertezza.

Volevamo la luna probabilmente. Ma la legge delega sembrava dirci che era possibile raggiungerla e questo sentiero ambizioso sembrava indicarlo con precisione.

Il codice, visto da quest'angolo prospettico, quel percorso non lo ha forse compiuto per intero; ma sicuramente ha iniziato a farlo e dove manifesta incertezza e qualche contraddizione apre spazio proprio a quel formante pretorio che sembrava dover tramontare e che invece, a me sembra (anticipando le conclusioni di queste riflessioni) potrà da qui conoscere un nuovo inizio

* * *

La parte di percorso che, vista con gli occhi dell'avvocato, il codice sembra aver svolto con maggiore determinazione è quella, assai qualificante, di un processo di parti.

E' forse il filo rosso più leggibile nell'ordito del codice; tanto da far apparire alcuni interventi di segno diverso del tutto s coordinati con la restante parte del testo ed in qualche modo gravi nel cercare di mettere in discussione un principio di fondo che invece è un anima di fondo del codice.

1.0. Solo un processo di parti (equiordinate) è un processo.

Un processo (si dice icasticamente e giustamente) è atto di tre attori sulla scena (il giudice e le parti contrapposte equiordinate tra loro); **altrimenti “non è”**.

Vi è in questo a ben vedere un segno distintivo assai qualificante dall'esercizio del potere amministrativo. Peraltro se persino questo sempre più si apre (a partire dalla legge 241/90) al concorso dei destinatari finali del provvedimento, vediamo come a fortiori il momento giudiziale di controllo della legittimità dell'esercizio di quel potere non può che ulteriormente certificare la sua assoluta rispondenza al modello del giusto processo.

Gli istituti che nel nuovo codice rafforzano e certificano il processo tra parti equiordinate ed una integrale democratizzazione del rapporto tra giudice e parti sono molteplici; a volte in

qualche modo nascosti nelle pieghe delle norme e però a ben guardare formano quel filo conduttore che è forse uno degli aspetti più qualificanti del nuovo strumento.

Proviamo a vederli in rassegna.

1.1.1. Rafforzamento del giusto contraddittorio nella fase cautelare (artt. 55, 2° co. e 56, 2° co.).

Non opera solo in favore della PA resistente. Il termine dilatorio di 20 giorni per fissazione camera di consiglio opera anche in appello dove può essere la stessa la PA la parte ricorrente; ed il termine di due giorni per memorie prima della Camera di consiglio garantisce anche il ricorrente che ha tempo di esaminare e preparare la replica. In analoga direzione vanno anche le norme sulle misure cautelari monocratiche.

1.1.2. Obbligo per il giudice di sottoporre alle parti la questione rilevata di ufficio (art. 73, 3° comma).

Norma di estrema civiltà processuale dove la giustizia non è concessa (ottrita) dal giudice ma il frutto di un contributo plurale, laico e dialettico. Sul punto il codice ha recepito un insegnamento della Plenaria che peraltro faticava ad essere seguito in via pretoria, richiedendo così la formalizzazione normativa.

1.1.3. La memoria di replica (73, 1° co.).

La norma supera quello che appariva un dialogo tra sordi e che sembrava certificare una indifferenza alla dialettica processuale. Vi erano infatti due ipotesi:

- se non vi era fase cautelare le parti diverse dal ricorrente si costituivano con atti di sola forma e riservavano alla memoria di merito tutte le eccezioni e le difese; si giungeva così in udienza senza l'ausilio per il giudice della replica ad eccezioni spesso corpose e complesse;

- se vi era invece la fase cautelare erano le parti resistenti a trovarsi nella situazione di non poter contrastare la risposta al loro controricorso; con l'evidente anomalia che a parlare per ultimo (per iscritto) era sostanzialmente parte ricorrente.

Ora il sistema delle repliche dovrebbe colmare queste lacune. Spetta anche anoi avvocati pretendere una applicazione leale che verrebbe invece vanificata ove si affidasse solo alle repliche ciò che oggi affidiamo alle memorie.

1.1.4. La piena equiordinazione tra ricorrente principale e ricorrente incidentale (artt. 40-46).

Quante volte (io per primo) anche a causa delle scarse regole che lo disciplinavano. ho beneficiato dell'ipeprotezione che per troppo tempo ha assistito il ricorso incidentale. Ne ho tratto beneficio ma non riesco a scrollarmi di dosso il senso di aver goduto di una sostanziale ingiustizia.

Tu impugni la mia aggiudicazione evidenziando il clamoroso errore nell'attribuzione dei punteggi. La gara dovevi vincerla tu. Aggiungi pure che io dovevo essere escluso. Io, senza via di scampo sul versante dei punteggi, riesco disperatamente a trovare un motivo (magari analogo al mio) per cui anche tu dovevi essere escluso. Ebbene in un processo di parti, se entrambe le contestazioni dell'ammissione sono fondate l'esito non può che essere di due tipi: tutti e due a casa se ne abbiamo interesse (ripetizione della procedura se siamo i due soli concorrenti); oppure sulle ammissioni una reciproca improcedibilità e si valuta il vizio sul punteggio. Ma non si può accettare che goda di maggiore protezione chi ha beneficiato di maggiori illegittimità.

Il codice giustamente non entra in questo dettaglio ma colma la lacuna di norme troppo scarse e contraddittorie sul ricorso incidentale e detta un fondamentale principio facendo

proprie (su questo versante, almeno a mio avviso) le ragioni sottese all'indirizzo assunto dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 11/08.

Ricorso principale e ricorso incidentale sono sullo stesso piano per la fondamentale ragione che insieme ai motivi aggiunti altro non rappresentano che uno strumento/contenitore per l'introduzione di azioni e la proposizione di domande. Questa è la chiara architettura che rinviene dagli artt. da 40 a 46 del codice. In particolare quanto al ricorso incidentale lo stesso è definito dall'art. 42 come lo strumento con cui *“le parti resistenti e i controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale”*. Tutto qui; niente di più e niente di meno.

Il ricorrente incidentale è semplicemente *un ricorrente* con la sola peculiarità che l'interesse al ricorso gli è sorto in dipendenza del ricorso principale.

Questo è il principio che pone il codice. E che mette le basi per risolvere (spetterà alla giurisprudenza stabilire come) note questioni che lasciavano un profondo senso di ingiustizia in noi operatori.

In un processo tra parti uguali nessuna può avere un privilegio processuale. Tanto meno un privilegio può derivare dalle medesime determinazioni amministrative impugnate in via principale e al paradossale fine di evitarne la verifica di legittimità.

Noi ripudiamo l'idea che la PA sia una parte processuale privilegiata; figuriamoci se possiamo accettare che lo sia il controinteressato in quanto ricorrente incidentale.

Può avvenire ovviamente che per economia processuale il ricorso incidentale venga analizzato con priorità perché al suo accoglimento consegue il superamento di ogni interesse del ricorrente principale alla contestazione. Ma quando non è così e vi sono due domande contrapposte che si incrociano sullo stesso piano, allora come bene ha cominciato a dire la

Plenaria, la soluzione per complessa che sia non potrà mai privilegiare a priori una nei confronti dell'altra.

A me sembra che di fronte a due contestazioni speculari se entrambe fondate entrambe devono essere accolte se vi è un interesse comune in tal senso oppure entrambe per tale parte dichiarate improcedibili passandosi all'esame di altre contestazioni; se ve ne sono. Mi auguro sia questo il corollario della equiordinazione che il codice correttamente sottolinea.

1.1.5 Riproposizione questioni assorbite (101, 2° co).

Anche il termine di **decadenza** per la riproposizione in appello delle questioni assorbite è previsione che rafforza l'importanza della dialettica processuale. Prima si aveva che fondamentali questioni del giudizio venivano in appello avanzate solo con la memoria conclusiva.

1.1.6. Appello incidentale tardivo (96, 5° co.).

Anche qui a risultare valorizzata è la natura del processo di parti e del giudizio sul rapporto; in quanto viene ritenuto rispondente a giustizia che nel momento in cui una parte metta in discussione anche solo una porzione, pur autonoma, di una complessiva regolazione di interessi contenuta in una sentenza, per le altre parti ricominci a decorrere il termini per mettere in discussione anche le altre pur autonome statuizioni.

Sul punto in commissione avevo espresso qualche perplessità perché nel nostro processo spesso in una stessa sentenza vengono decise domande connotate da spiccata autonomia. Però è prevalsa l'idea di una valorizzazione direi culturale del processo di parti e del giudizio sul rapporto.

1.1.7. Liquidazione del danno: il giudice è meno libero di limitarsi ai criteri (art. 34, 4° co).

La norma preesistente era un po' frutto di un atteggiamento che riguardava anche e in primo luogo noi avvocati. Quello di ridurre troppo spesso la domanda risarcitoria a formule di stile ai limiti della genericità, talvolta infatti sanzionata da pronuncia di inammissibilità. Specularmente era previsto che persino dinanzi a domande circostanziate il giudice amministrativo potesse limitarsi a fissare soltanto i criteri senza quindi apprestare una tutela piena definitiva e completa. La scelta operata dal codice è quella di mantenere questa possibilità ma soltanto se non vi sia opposizione delle parti che quindi possono a tutto titolo chiedere una decisione piena e completa..

E' opzione che ancora una volta valorizza il ruolo attivo delle parti nella erogazione del prodotto finale del servizio giustizia.

1.1.8. Sinteticità (art. 3).

Lo stesso riferimento del principio di sinteticità sia ai giudici che alle parti conferma l'impostazione di fondo del codice per un processo dove sulla scena sono tutti attori principali e formanti il complessivo servizio giustizia.

*

1.2. Il sorprendente taglio del principio di “parità effettiva”. L'anima del codice e qualche resistenza; il ritorno dello spazio pretorio e di nuovi traguardi per la difesa.

I piccoli “grani” sparsi nel codice che ho cercato di mettere in fila mi sembra diano corpo ad un'anima di fondo del nuovo strumento manifestando una opzione netta per un processo di parti equiordinate che suggella la piena integrazione del giudice amministrativo nel sistema delle tutele, senza se e senza ma.

Che non fosse un esito scontato lo si tocca con mano dalla singolare quanto eloquente circostanza che tra le modifiche introdotte dal Governo ci sia stato lo stralcio dai principi che aprono il codice del richiamo al rispetto della “effettiva parità delle parti”. Se il

tentativo era quello di metter in discussione il principio mi sembra che non possa avere successo visto che per il resto il codice è innervato di tale effettiva parità. Però conferma l'importanza dell'anima di fondo del codice e la fatale reazione di fisiologiche resistenze che però se da un lato evidenziano contraddizioni interne al codice dall'altro proprio per questo aprono nuovi spazi per l'apporto creativo del rito pretorio e quindi della difesa chiamati all'opzione se valorizzare l'anima di fondo del codice e le stesse ragioni del suo avvento o piuttosto dar voce alle timidezze e alle resistenze.

2.0. Le due anime del codice e nuovi traguardi per la difesa (segue).

L'impressione è che il codice e la sua genesi palesino due anime in molte delle fondamentali direttrici. Lo è per le azioni. Lo è per le prove.

2.1. Nelle azioni.

In tema di accesso alla tutela ha fatto molto discutere il “taglio” delle azioni di accertamento e di adempimento operato dal Governo rispetto al testo della commissione.

Da operatore dico soltanto che non riesce a comprendersi come si sia potuto ritenere che le azioni di accertamento e di adempimento possano aggravare la spesa per la PA. Al più la limitano in quanto correggono con tempestività lo sviamento della pubblica funzione. Ancora una volta la ragione dichiarata dal Governo sembra avere poca attinenza con le reali motivazioni dell'intervento sul testo predisposto della commissione che appaiono più dettate dalla paura di percorrere fino in fondo il percorso della pienezza della tutela.

Per il resto credo sia diffusa tra gli avvocati la speranza che alla fine una delle norme principali del codice sia l'art. 34 comma 1 lett. c): *“In caso di accoglimento del ricorso, il giudice, nei limiti della domanda condanna... all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio”*.

La norma, per fortuna nascosta nelle pieghe di una previsione apparentemente ricognitiva (art. 34 “Sentenze di merito”), l’ha fatta franca dai fendenti della scure che ha amputato il catalogo di dettaglio delle azioni esperibili. Certo come operatori avremmo gradito il mantenimento di una disciplina dell’azione di accertamento e dei limiti della sua esperibilità, e però se è vero che già oggi il giudice amministrativo di buona volontà non trova ostacoli all’erogazione di una tutela effettiva, il nostro augurio è che quella norma sopravvissuta costituisca essa il filo sottile ma robusto che aiuti a tenere insieme, su questo versante, passato e futuro di una tutela piena e completa. In ciò corroborata da quello che era uno dei più qualificanti criteri della legge delega: *“disciplinare le azioni e le funzioni del giudice:prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa”*.

*

2.2. Nelle prove.

Il processo di parti che noi abbiamo conosciuto e che il codice consolida è fisiologicamente un processo volto al pieno accertamento dei fatti. In questo lo sbocco naturale del percorso che stiamo compiendo non può che essere il superamento di ogni residua remora nel sindacato degli accertamenti tecnici ferma restando la separazione dei poteri e l’intangibilità del merito amministrativo.

Nessuno di noi vuole un abuso dello strumento della consulenza tecnica ma allo stesso tempo ci sorprende la manifestazione di diffidenza che infine è comparsa nelle norme volute dal governo. (“Ctu solo se indispensabile”). Come pure ci sorprende che nella disciplina sulla verifica si siano tolti i riferimenti ad un pieno contraddittorio, cercandosi in qualche modo persino di reintrodurre la possibilità che la verifica venga svolta dalla stessa PA parte del giudizio.

A noi sembra non solo sbagliato ma per tutto quello che ho cercato di dire sostanzialmente antistorico. Un po' come cercare di fermare il vento.

2.3. Come può uno scoglio arginare il mare.

Ed infatti nel frattempo l'ordinamento sembra andare in direzione diametralmente opposta. Il riferimento è ovviamente al carattere assai penetrante delle pronunce previste sui contratti d'appalto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Sul punto solo due osservazioni.

E' evidente come la disciplina di un intervento così penetrante in un ambito così vasto di contenzioso sia destinata ad influenzare credo positivamente l'effettività della complessiva tutela affidata al GA. Perché non può certo ammettersi che mentre in quei settori vi è una tutela così piena e completa e articolata, in altri ambiti si manifestino eccessive timidezze.

Tutela che peraltro il legislatore delegato ha scelto di non ritenere di *merito* e quindi niente affatto eccezionale ma evidentemente espressione della generale giurisdizione di legittimità affidata al GA. Una declinazione così penetrante del suo ordinario sindacato, non potrà che conformare l'intero ambito delle tutele affidato al giudice amministrativo anche nelle altre materie.

Rendendo ulteriormente antistoriche alcune timidezze di segno opposto come quelle manifestate sulle prove e sulla Ctu in particolare.

2.4. L'immediato monito della Consulta.

Che in generale l'opzione per un restringimento della tutela sia antistorico, il codice lo ha sperimentato già in culla. La questione riguarda nel dettaglio il contenzioso in materia elettorale ma sembra valere da monito generale.

Tra le virtù della legge delega voluta dalla maggioranza parlamentare c'era anche quella di chiedere un più rapido efficace e completo sistema di tutela anche in materia elettorale. Insomma un “giudice a Berlino” anche nel delicato snodo di formazione della rappresentanza democratica.

Paradossalmente, nonostante questa generosa e illuminata apertura del Parlamento il codice sul punto risulta tossicchiante e avaro.

Si ha una singolare limitazione degli atti immediatamente impugnabili proprio in coincidenza con una pronuncia della Corte costituzionale (236/2010) che va in direzione opposta. Con aggravio delle conseguenze in termini di ripetizione del voto.

L'accesso alla tutela con azione popolare viene singolarmente limitato. Viene infatti consentito all'esito del voto e non anche ai fini di immediata correzione del procedimento preparatorio.

I principi affermati dalla Corte costituzionale sembrano invece suggerire strada opposta e molto più vicina a quella che avevamo ipotizzato in commissione. Immediata impugnazione di tutti gli atti del procedimento preparatorio; anche le ammissioni in modo da limitare al massimo le contestazioni effettuate a valle dell'espletamento del voto. **Del resto il concetto di immediata lesività in materia elettorale sembra prestarsi ad una lettura più ampia, essendo pacifico che la stessa presenza di liste e candidati illegittimamente ammessi risulta lesiva in via immediata sia delle liste e candidati concorrenti sia del diritto dell'elettorato all'espressione di un voto legittimo e utile.**

Anche i termini ridottissimi che vengono previsti per la nuova e assai limitata azione sembrano poco giustificati. La commissione lo aveva fatto solo per il procedimento preparatorio delle elezioni politiche in quanto lì c'è il vincolo costituzionale della scadenza massima in cui deve procedersi al rinnovo del Parlamento dopo lo scioglimento. Pertanto

per le elezioni amministrative si poteva senz'altro prevedere termini sempre ridotti ma certamente non tanto: la norma impone termini di impugnazione di tre giorni in primo grado e di due in appello il che sembra davvero poco compatibile con l'esigenze sottolineata dalla Corte costituzionale di garantire una tutela piena ed effettiva anche contro gli atti del procedimento preparatorio che siano immediatamente lesivi.

Quanto all'omesso esercizio della delega sulle elezioni politiche non c'è dubbio che la materia cammina sul sentiero stretto e friabile della separazione dei poteri. E però già Cassazione e Corte costituzionale sono sembrate qualificare come giurisdizionale la funzione di autodichia che però come noto non è né efficace, né completa, né tempestiva. Certo vi era e vi è anche l'esigenza di un pieno coordinamento con l'art. 66 cost. rep. che comunque attribuisce alle Camere la verifica dei poteri. Ma allora era tale raccordo delicato che doveva perfezionarsi non già escludere con l'accetta la stessa possibilità di tutela.

*

3.0. La difesa e il dialogo tra le giurisdizioni. Il mare aperto delle tutele.

Posso ovviamente sbagliarmi, ma credo che agli operatori non sembri affatto che una maggiore comunicazione tra le giurisdizioni, anche un avvicinamento dei modelli costituisca in sé una minaccia per il giudice amministrativo. Se il GA si rafforza nella strada già da tempo meritoriamente intrapresa e vive pienamente il ruolo che la realizzazione del disegno costituzionale gli assegna, così come definito dalla Corte costituzionale, avrà spalle ampiamente larghe per sopportare qualsiasi avvicinamento alla giustizia civile; anzi come dimostra l'evoluzione normativa degli ultimi anni che sempre più investe sul giudice amministrativo, sarà magari quella giustizia a doversi preoccupare e doversi porre il problema del miglioramento del suo standard di servizio. In altri termini non ci preoccupa affatto una stagione di giurisdizioni distinte ma parallele, comunicanti e **anche**

competitive. Non ci preoccupa nella misura in cui il GA prosegue nella strada intrapresa dell'effettività e dell'interpretazione virtuosa del ruolo di giudice naturale dell'esercizio della funzione pubblica.

Ma anche a voler dare spazio a qualche timore è il codice in sé a rappresentare sufficiente ulteriore protezione senza dover invece cercare nei suoi contenuti elementi di necessaria differenziazione non funzionali all'effettività del servizio.

3.1. Il riparto

Quanto al riparto credo che gli **operatori salutino come molto favore** la saggia scelta di non utilizzare l'occasione del codice per incidere sul sistema generale di riparto né per ampliare, salvo piccoli aggiustamenti, i casi di giurisdizione esclusiva.

Quanto al primo fronte risulta accolto dal codice il principio che le norme sulla giurisdizione più delle altre necessitano stabilizzazione e certezza. Perché bisogna dare alla giurisprudenza il tempo di assestarsi. Basti ricordare che abbiamo avuto bisogno di una seconda sentenza della corte costituzionale (191/06) per consolidare e mettere a regime i principi affermati dalla precedente 204/04.

Pertanto l'interesse legittimo come generale criterio di riparto della giurisdizione sta funzionando. Non crea maggiori problemi di quanti ve ne sarebbero con altri sistemi. Se ad esempio ci riferiamo al diverso criterio dei blocchi di materie, vediamo tutti, quanti problemi applicativi sta creando dopo la riscrittura del titolo V della Costituzione, in tema di riparto di competenze legislative. In realtà nessun sistema di riparto può evitare del tutto questioni di delimitazione dei confini.

3.2. La translatio azzoppata .

La questione era un'altra e più generale: abbattere al massimo i disagi dell'eventuale erronea individuazione del giudice.

Sul punto mi limito a sottolineare che la scelta piena per la comunicazione a mezzo della **riassunzione** compiuta dalla commissione era non solo rispettosa della delega ma anche quella più idonea **a limitare al massimo i disagi concreti**. Un questione per tutti la possibilità di notificare l'atto di riassunzione nel domicilio già eletto nonché la possibilità di limitarsi ad un richiamo dei contenuti del ricorso già proposto. Postulava inoltre la medesimezza della tutela perorabile dinanzi ad ogni giudice e la sua uguale pienezza. Superava l'idea, odiosa innanzitutto per il giudice amministrativo, che la qualità e la pienezza della tutela possano variare a seconda di quale sia il giudice chiamato ad erogarla.

Ed invece con la categoria della **riproposizione** questa opzione sembra azzoppata; si rende necessaria una integrale rinnovazione sia formale che sostanziale degli adempimenti processuali.

E questo quando a ben vedere l'art. 59 della legge 69, riferisce la riassunzione al giudizio e la riproposizione solo alle domande nel giudizio riassunto.

Ora con le modifiche introdotte dal Governo al nostro articolo 11, ci troviamo dinanzi ad una regola generale che prevede la riassunzione (art. 59 L. 69/09), e una regola specifica del processo amministrativo che opera una scelta diversa, speciale in senso deteriore e riduttivo per quanto vista dagli operatori (integrando peraltro evidente violazione della delega che imponeva anche davanti al giudice amministrativo l'utilizzo della riassunzione).

Né l'opzione può trovare, giustificazione, nel richiamo alla legge Pinto che il Governo ha operato. E cioè nel rischio che una continuità processuale individuando un unico giudizio graverebbe sull'onere di ristoro a carico dello Stato per il ritardo nella definizione del contenzioso.

In realtà:

- da un lato la legge Pinto sanziona il sistema giustizia nel suo complesso, dall'altro la giurisprudenza applicativa tiene conto delle ragioni del ritardo e della misura in cui siano anche imputabili al ricorrente;
- peraltro non analoga attenzione risulta essere stata prestata al rapporto con il ricorso straordinario trasposto di cui all'art. 48 del codice, dove invece sono accentuati gli elementi di continuità (sicchè si ha il paradosso di un giudizio che prosegue provenendo da una sede che per insegnamento prevalente non ha natura giurisdizionale; mentre non prosegue ma deve essere riproposto quando proviene da altra sede giurisdizionale);
- aggiungo ancora che è rimasto in caso di translatio il mantenimento sia pure ad tempus degli effetti della tutela cautelare il che appare poco compatibile con un giudizio che si voglia ritenere definito e concluso mentre è coerente con un giudizio che prosegue (una volta che nel nostro sistema anche dopo il codice non c'è una fase cautelare del tutto autonoma da un giudizio di merito).

Forte è insomma la sensazione che la legge Pinto rilevi poco nell'economia di questa scelta e che la modifica sia il riflesso condizionato delle paure di un eccessivo avvicinamento tra le giurisdizioni. Paure che per quanto ho cercato di dire nelle premesse risultano (almeno così a me sembra) poco comprensibili agli avvocati della mia generazione che piuttosto avvertono il pericolo che la giustizia amministrativa risulti azzoppata da queste paure.

4.0. Accesso alla tutela tempi del giudizio. La regola del buon arbitro in campo.

Su questo fronte a me sembra che il Codice abbia per la gran parte assolto al proprio compito di non far sentire il suo arrivo con misure restrittive dell'accesso alla tutela.

L'obiettivo minimo da perseguire era, ed è, quello del buon arbitro sul campo di calcio. Il migliore è quello che non si sente.

Anche qui però alcune specifiche previsioni risultano in contraddizione con questa ulteriore linea di fondo.

4.1. L'ossessione della competenza territoriale (artt. 13, 14 e 15). Dal turismo cautelare all'ingorgo processuale!

La prima macroscopica questione che inciderà sui tempi senza alcuna plausibile giustificazione è quella della competenza territoriale.

Le norme volute da Palazzo Chigi sul punto forniscono all'avvocato che voglia allungare il brodo del processo uno straordinario strumento dilatorio. Ed ancora elevando a vizio delle pronunce il profilo della competenza e obbligando il giudice a dichiarare di ufficio l'incompetenza anche dopo anni dall'instaurazione del giudizio di primo grado si espone il sistema ad un inevitabile diffuso risentimento da parte degli utenti. C'è in quelle norme una sorta di ossessione per l'inderogabilità resa plastica dalla petulante ripetizione dei medesimi concetti.

Vi sono poi inedite singolarità che non possono non preoccupare l'operatore:

- il giudice che può insieme sia decidere la propria incompetenza che rimetterne la decisione al Consiglio di stato; che è un po' come dire che un giudice possa decidere un profilo di controversia o rinviarlo direttamente in appello lasciando l'utente in attesa di risposta. In

realtà se è questione che attiene al giudice della causa si doveva abolire il regolamento.

- vi sono poi oneri e facoltà del giudice in ordine alla competenza (che investe l'intero giudizio) previste solo in fase cautelare (!?);
- vi è ancora che nelle more della decisione sulla competenza la parte potrebbe chiedere la cautela ad un terzo giudice: quindi avremmo la causa pendente innanzi a tre giudici: quello adito, il CdS per la competenza; un altro tar solo per la cautela (domanda minima e banale. Il fascicolo dove sarebbe in questo ingorgo?)

Si dice che l'ossessione per l'inderogabilità sia motivata con l'esigenza di porre fine al cd. forum shopping.

Fenomeno odioso per carità ma invero assai limitato quantitativamente e comunque rimediabile con l'accelerazione della decisione sul regolamento come aveva proposto la Commissione. Il Consiglio dei Ministri in una prima versione aveva cominciato a derivare verso una soluzione inaccettabile ma almeno limitava a 60 giorni la sollevabilità della questione e accentuava la verifica solo nella fase cautelare. Facemmo notare l'errore; ma di tutta risposta si è fatto molto peggio.

Il rimedio ora è sicuramente peggiore del male. Peraltro non evita in assoluto la patologia del forum shopping in quanto finché ci sarà un giudice che vuole comunque decidere la cautelare lo farà e quindi bisognerà sempre aspettare l'intervento del giudice di appello.

La disciplina della competenza territoriale è divenuta ben più rigida di quanto non sia nel processo civile che su questo versante, nostro malgrado, diviene improvvisante un modello di efficienza.

*

Per fortuna è rimasta la scelta della Commissione in ordine alla specificazione del criterio di imputazione della competenza territoriale (effetti diretti) per le controversie che riguardano amministrazioni centrali in modo da non sovraccaricare il Tar Lazio con beneficio sui tempi complessivi del servizio. Peraltro nonostante tale apprezzabile chiarimento l'individuazione della competenza territoriale può talvolta essere problematica. Anche per questo risulta incomprensibile e foriero di non pochi problemi il combinato disposto della generalizzazione dell'inderogabilità e della rilevabilità di ufficio e senza termini.

*

4.2. Il contributo (non più) unificato (allegato 4, art. 3 n. 11).

E' profilo che può apparire banale ma temo procurerà molto risentimento. Dico subito che sono tra quelli che ritengono che noi tutti abbiamo responsabilità nel passaggio che c'è stato dal sistema proporzionale del calcolo del contributo unificato al criterio fisso ed elevato in determinate materie. Era diffusissima la prassi in base alla quale si dichiarava il valore quando era basso e lo si qualificava indeterminato quando era alto. Sicchè la forfetizzazione al rialzo ce la siamo meritata e la Corte costituzionale l'ha correttamente ritenuta legittima. Ma qui ora con la norma voluta dal Governo (nascosta nelle norme di coordinamento, allegato 4, art. 3 n. 11) ci troviamo davanti a misura del tutto diversa. Si moltiplica il contributo per ogni atto (motivi aggiunti o ricorso incidentale) contenente domande nuove. In commissione l'avevamo bocciata per estraneità alla delega (si aumenta una tassa in danno di cittadini e imprese) nonché per violazione della stessa ratio del contributo unificato. Ed infatti, ferma restando l'equiparazione processuale tra ricorso principale, motivi aggiunti e ricorso incidentale la tassa è ontologicamente *una tantum* e riguarda il

giudizio a prescindere dalla sua consistenza. Non riguarda invece il numero di domande azionate; altrimenti la si dovrebbe anche commisurare al numero di domande contenute già nel ricorso introduttivo. E del resto smetterebbe di essere un contributo “unificato”.

La circostanza che la norma replichi ampliandola analoga previsione del recente decreto di recepimento della direttiva ricorsi, aggrava il profilo dovendo al più il codice essere utilizzato per correggere precedenti svarioni (anche lì commessi in evidente violazione di delega), non certo per reiterarli.

Si aggiunga che la previsione suona beffarda e odiosa proprio nella materie degli appalti in quanto da un lato con il nuovo termine ridotto di impugnazione (30 giorni) ci si obbliga spesso **a ricorsi al buio** per poi dover proporre motivi aggiunti soggetti a nuovo contributo (non più) unificato!!

4.3. Azione autonoma e reciproci inganni.

Il tema è quello della pregiudiziale.

In sede normativa entrambe le opzioni (affermazione della pregiudiziale ovvero ammissibilità dell'azione autonoma) erano pienamente legittime. Lo aveva detto al stessa Cassazione; lo evidenziava anche la direttiva ricorsi.

Ciò che come operatori proprio non ci auguravamo era una scelta ibrida. Che è invece quella che potrebbe venir fuori da una interpretazione non virtuosa della norma infine varata.

Pertanto come avvocati non dobbiamo nascondere la sussistenza del rischio di comportamenti opportunistici: si omette l'impugnazione per chiedere i danni magari con una strizzata d'occhio all'illegittimo beneficiario del provvedimento così si è in due a guadagnare.. Ma proprio per questo il dato da valorizzare era quello della leale

collaborazione tra danneggiato e pubblica amministrazione, e non del formale attivazione di altro mezzo di tutela.

L'approdo finale della norma (art. 30) utilizza invece una formula ibrida che consente ogni interpretazione nel senso di dare decisiva importanza alla mancata impugnazione ovvero di dare rilievo in generale alla leale collaborazione anche a mezzo di invito all'autotutela.

Dall'interpretazione applicativa dipenderà se abbiamo effettivamente previsto una tutela autonoma o abbiamo in realtà partorito un trabocchetto per gli utenti.

Inutile dire che da operatore mi auguro prevalga la prima soluzione. Se io ho segnalato l'illegittimità alla PA ovvero se l'illegittimità era ben presente all'amministrazione non vi è ragione per cui il mio diritto al risarcimento debba essere compresso. Se invece l'illegittimità era meno visibile e io non lo ho segnalata adeguatamente allora è giusta una congrua riduzione.

Quel che è certo è che non ha nessun senso prevedere una tutela nominalisticamente autonoma per poi escludere ex lege i danni se non è stata attivata altra e differente tutela. Altrimenti diamo con una mano e togliamo con due. Con l'ulteriore singolarità che la pregiudiziale diventa così non già di "annullamento" bensì di "impugnazione". Nel senso che nemmeno si declina il principio pure astrattamente sostenibile della carenza di ingiustizia di un danno causato in esecuzione di un provvedimento non annullato. Ma se la pregiudiziale diventa di impugnazione non è questo che si afferma bensì semplicemente un ossequio ad un totem che da operatore non riesco a comprendere.

Peraltro mi sembra che sia odioso per la giustizia amministrativa validare la sensazione che determinate tutele erano più piene quando il giudice della giurisdizione le riteneva di competenza

del giudice ordinario. **Quasi a dire che la tutela autonoma c'è sino a quando non è il GA chiamato ad esercitarla.**

Si aggiunga ancora sul versante eminentemente pratico che risulta difficile attribuire all'impugnazione una portata che vada al di là della leale collaborazione nel senso della denuncia del vizio riscontrato. Ed infatti non si vede come il giudice possa ridurre il danno ritenendo che lo stesso sarebbe stato evitato con la mera impugnazione essendo rilevanti i tempi in cui la stessa sarebbe stata decisa oltre che i contenuti delle misure cautelari che eventualmente sarebbero state assunte.

Ancora una volta l'impugnazione previa appare rispondere a questioni simboliche più che a reali esigenze di protezione dell'interesse generale.

*

4.4. Il rebus del danno da ritardo

Una volta che si sottoponeva l'azione di danno da provvedimento a termini di decadenza è apparso coerente alla commissione modificare la disciplina preesistente e fare altrettanto per il danno da silenzio o da ritardo. Peraltro in ragione del carattere permanente di quell'illecito si era evidenziato come il termine non iniziasse a decorrere nel perdurare dell'inadempimento. Nel testo finale della norma tutti tali concetti restano (anche nella relazione) però si prevede singolarmente che l'azione debba comunque essere proposta entro un anno dal termine di chiusura del procedimento. Sorge spontanea la domanda come possa conciliarsi questa norma e quell'impostazione che è rimasta anche nella relazione. Deve concludersi che l'illecito secondo il Governo non ha natura permanente, ma a continuare a prodursi sono soltanto gli effetti dannosi la cui ristorazione deve quindi ritenersi coperta dalla domanda anche quando necessariamente introdotta nel corso della produzione del pregiudizio.

4.5. Il taglio all'accesso al ricorso straordinario (artt. 7, co. 8; 120, 1° co. e 128). I limiti della delega.

In tema di accesso alla tutela vista dalla parte degli avvocati non potrà non emergere la diffusa amputazione recata dal codice della possibilità di attivare la tutela straordinaria. Alcune norme derivano già dal testo della commissione; per gli appalti è ereditata dal D.lgs 53. Ma la più significativa è stata introdotta dal Governo (art. 7 co. 8). Se ne possono comprendere le ragioni ma l'operatore non può non domandarsi se non sia in evidente contrasto con i limiti della delega che espressamente riguardavano solo la tutela giurisdizionale innanzi al Tar e il CdS e il rapporto con le altre giurisdizioni. Certo c'è chi ritiene che il ricorso straordinario abbia ormai assunto valenza giurisdizionale. Mi permetto di dire che quanto più dovesse prendere piede questa impostazione tanto meno se ne giustificherebbe il mantenimento risultando poco giustificabile che una stessa controversia possa essere definita sempre in sede giurisdizionale sia in due gradi che in uno solo. Anche per questo penso che non avrà fortuna il tentativo di giurisdizionalizzare lo strumento. In ogni caso mi sembra fatale che proprio in virtù della facoltà ora assegnata dalla legge 69/09 in sede straordinaria verrà sollevata la questione di costituzionalità di queste norme per violazione dei limiti della delega. Sarà l'occasione per una aggiornata e definitiva qualificazione dello strumento da parte del Giudice delle leggi.

*

Conclusioni

Rito pretorio e la difesa come formante. Un nuovo inizio. Il codice ci chiede una mano.

Era forse ingenuo immaginare che un passaggio di tale importanza come l'arrivo del codice nel processo amministrativo potesse avvenire senza tentennamenti, contraddizioni, resistenze, eco di piccole grandi paure, errori.

In questo contesto il dialogo tra avvocato e codice si annuncia serrato ed anche “reciproco”.

Ed è su due piani che però fatalmente si incrociano. Uno è quello del rilievo in sé dell’avvento del codice. L’altro è quello dell’interpretazione dei suoi contenuti.

Il codice ci guarda e ci chiede che in questa seconda e più specifica operazione si tenga conto del primo profilo e cioè dell’importanza in sé della scelta di aver voluto un codice per un processo giusto e di parti.

Il cuore ormai è lanciato oltre l’ostacolo. Le rive rassicuranti di una specialità riduttiva sono lasciate per sempre. Si entra nel mare aperto delle tutele, delle giurisdizioni distinte ma comunicanti e in qualche modo competitive tra loro. Non so se la bicicletta l’abbiamo tutti voluta, certo ormai ci siamo sopra. E non ci resta che pedalare. La storia degli ultimi decenni, l’unica che gli avvocati della mia generazione hanno conosciuto (per questo il mio è ovviamente un punto di vista parziale), ci ha fatto apprezzare un sistema di giustizia amministrativa che alla prova dei fatti è sempre risultato più maturo ed avanzato delle sue stesse teorizzazioni, dove invece a volte le paure ci sopraffanno.

Tirare il freno oggi, come avvocati innanzitutto, vorrebbe dire fermarsi in mezzo al guado; con qualche enfasi potremmo dire aver fatto una rivoluzione a metà che come è noto è il modo migliore per iniziare a declinare. Peraltro la nostra rivoluzione per essere compiuta non chiede altro che **continuare** senza paure sulla strada già intrapresa, valorizzando come merita lo spirito del codice, la cultura di fondo che ha ispirato la legge delega.

Emerge così come questo spazio riapra quasi d’incanto le porte al **formante pretorio** che sembrava dovesse tramontare con il codice ed invece trova nuovo fertile terreno proprio nel contrasto tra la strada che il codice indica e qualche incertezza in cui lo stesso codice inciampa nel percorrerla. Come se fosse proprio il codice a chiederci una mano per superare quest’inciampi. Così che pure alla funzione della difesa si schiudono sfide nuove. Dall’esito

a ben vedere dipende il posto, il peso e il ruolo che avrà la giustizia amministrativa nel prossimo futuro.

* Relazione tenuta al 56° Convegno di Studi Amministrativi “La gestione del nuovo processo amministrativo adeguamenti organizzativi e riforme strutturali” (Varenna settembre 2010)