

Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo^{1[1]}

di

Luisa Torchia

Ordinario di diritto amministrativo all'Università degli Studi di Roma Tre

pubblicato sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it/> il 25 novembre 2010

Sommario: 1. Il Codice, il giudice ed il processo amministrativo fra cronaca e storia. 2. Le pronunce nel Codice: verso il principio di atipicità. 3. La nuova legalità: amministrare è già giudicare. 4. Il diritto legislativo, il diritto giurisprudenziale e il giudice amministrativo. 5. Conclusioni

1. Il Codice, il giudice ed il processo amministrativo fra cronaca e storia

Ogni riflessione sul Codice del processo amministrativo ancora per qualche tempo non potrà fare a meno di aprirsi con il confronto fra le diverse bozze di articolato via via prodotte nel corso della codificazione e, in particolare, sui vuoti e le carenze che il testo finale presenta rispetto ad una bozza iniziale sicuramente più ricca, completa e moderna.

Varrebbe la pena di soffermarsi sulle differenze fra i diversi articolati se esse fossero effettivamente riconducibili a concezioni diverse del processo amministrativo, delle sue regole e dei suoi istituti, della sua funzione e della sua struttura. Così però non è stato: i “tagli” operati in sede governativa sono stati giustificati con ragioni di finanza pubblica non solo indimostrate, ma palesemente inesistenti e inapplicabili anche in via di ipotesi. Per prendere un solo esempio, fra i molti che sono stati già analiticamente indicati, è davvero difficile stabilire una connessione fra l’eliminazione di alcune norme iniziali sui principi e la finanza pubblica, persino a voler seguire una concezione di finanza pubblica concentrata solo su (ipotetici) risparmi di spesa e non su criteri razionali di allocazione ed utilizzo delle risorse^{2[2]}.

^{1[1]} Relazione al 56° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 23-25 settembre 2010.

^{2[2]} R. Chieppa, *Il Codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in Id., *Il Codice del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 1 ss.; A. Pajno, *Il Codice del processo amministrativo fra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9, 2010; R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Neldiritto.it, 2010. Sulle

Un autentico, anche serrato, confronto fra opzioni culturali, scientifiche ed istituzionali diverse avrebbe consentito di collocare la vicenda sul piano storico, al fine di verificare se anche l'Italia sia da annoverare fra gli ordinamenti nei quali si va realizzando un cambiamento di paradigma per la giustizia amministrativa, come l'ha definito E. Garcia de Enterría in uno studio recentemente tradotto anche in italiano^{3[3]}.

Ci si deve invece limitare a registrare, sul piano della cronaca, un ulteriore episodio della fallacia positivista. Nella convinzione che il diritto sia solo norma di legge e che fuori dalla norma positivamente posta non esista diritto, si è creduto di poter limitare e circoscrivere, tutti insieme, il codice, il processo ed il giudice: anzi, il processo ed il giudice tramite la mutilazione del Codice.

Il Codice ne è risultato, in effetti, menomato sicuramente almeno per quanto riguarda la sua qualità di strumento evocativo e narrativo di un insieme di regole organizzate in modo sistematico e coerente e la sua capacità di riflettere compiutamente l'evoluzione e lo sviluppo della giustizia amministrativa^{4[4]}. Che queste menomazioni si riflettano direttamente anche sul processo e sul giudice amministrativo è questione, invece, del tutto aperta e non scontata, come dimostra, peraltro, la diffusa convinzione che il Codice sia un punto di partenza e non di arrivo^{5[5]}, muovendo dal quale spetterà soprattutto alla giurisprudenza riempire i vuoti, levigare i punti di attrito, affinare strumenti e soluzioni.

Il Codice si presta, dunque, ad una riflessione sui rapporti fra diritto giurisprudenziale e codificazione del processo, anche al fine di esaminare le connessioni e le convergenze fra il generale processo di giurisdizionalizzazione che investe oggi tutti gli ordinamenti e la vicenda italiana, che di quel processo è parte integrante e significativa.

disposizioni residue in materia di principi v. L. Torchia, *I principi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 11, 2010.

^{3[3]} E. Garcia de Enterría, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa. Un cambio di paradigma?*, Milano, Giuffrè, 2010, ove si segnala il ruolo del diritto sopranazionale, e della CEDU in particolare, nell'evoluzione convergente dei diversi sistemi nazionali.

^{4[4]} Il valore simbolico di una operazione di codificazione e, in particolare del Codice del processo amministrativo, è evidente, anche se la stessa opportunità di "costringere" il processo entro un'armatura codicistica è stata a lungo dibattuta e la preoccupazione conseguente ha portato ad un Codice definito "leggero" e "a maglie larghe". Specificamente sul rapporto fra codice del processo amministrativo ed altri codici v. A. Pajno, *Il codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al libro I*, in corso di pubblicazione.

^{5[5]} Per tutti, P. de Lise, *Verso il Codice del processo amministrativo*, Conclusioni della Tavola rotonda tenutasi il 21 aprile 2010 presso la Corte di Cassazione; A. Pajno, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Verso il processo amministrativo* (a cura di G. Pellegrino), Neldiritto editore, 2010, pp. 3 ss. Sembra ancora valida, sotto questo profilo, anche se ormai risalente, l'osservazione secondo cui in materia di giustizia amministrativa "i disegni del legislatore si sono realizzati sempre in modo diverso dal previsto, e il legislatore ha costantemente ommesso di stabilire i presupposti di diritto sostanziale delle norme di diritto processuale che andava a dettare. In questo vuoto si è inserita la giurisprudenza" (M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, Vol. XIX, Milano, 1970, p. 293).

Il tema delle pronunce nel processo amministrativo è, ai fini dell'avvio di questa riflessione, particolarmente interessante, perché consente di guardare attraverso il prisma dell'atto concreto dello *ius dicere* sia all'ambito e ai modi della decisione, sia alla sua collocazione, oltre il processo, nel diritto amministrativo, inteso modernamente come diritto della società^{6[6]}, nella sua infinita ricchezza e varietà di principi e regole, finalità e strumenti, rapporti e situazioni soggettive. La pronuncia è, infatti, il momento in cui le domande delle parti, i fatti oggetto della controversia e i poteri del giudice si incontrano ed è proprio in quel momento che si palesa la misura dell'ampiezza, della effettività e della profondità del sistema di giustizia amministrativa, che non si esaurisce nel solo procedimento giurisdizionale.

Lo svolgimento del tema, e dei problemi connessi, non può prescindere, quindi, anche dalla considerazione degli elementi di fondo e di contesto generale - ulteriori rispetto alle norme processuali in senso stretto - che condizionano ed indirizzano non solo gli orientamenti della giurisprudenza, ma lo stesso ruolo del giudice e del processo amministrativo nell'ordinamento.

2. Le pronunce nel Codice: verso il principio di atipicità.

Le disposizioni relative alle pronunce si trovano nel Titolo IV del Codice (artt. 33-37) e contengono alcune distinzioni ed una elencazione^{7[7]}.

Il Codice richiama innanzitutto la *nomenclatura* dei provvedimenti del giudice, distinguendo la sentenza e l'ordinanza secondo un criterio funzionale: con la prima si definisce in tutto o in parte il giudizio, con la seconda si assumono decisioni non definitive - cautelari, interlocutorie o relative alla competenza - successivamente alle quali il processo (almeno in ipotesi) prosegue. La distinzione non è, peraltro, assoluta, come dimostra la previsione secondo la quale il provvedimento con il quale si decide solo su alcune questioni è da qualificare come sentenza non definitiva (art. 36, comma 2), mentre l'ordinanza è il provvedimento da adottare in tutti i casi in cui il giudice "*non definisce nemmeno in parte il giudizio*", con salvezza di eventuale diversa previsione nello stesso Codice (comma 1).

Diverso è invece il criterio identificativo del terzo tipo di provvedimento: per il decreto il Codice si limita a rinviare ai "*casi previsti dalla legge*".

La seconda distinzione di carattere generale è relativa alla *natura* dei provvedimenti, a seconda che si tratti di pronunce di rito o di pronunce di merito (artt. 34 e 35).

^{6[6]} S. Cassese, *Le droit tout puissant et unique de la société. Paradossi del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 4, 2009, pp. 879 ss.

^{7[7]} In termini generali v. F. Patroni Griffi, *La sentenza amministrativa*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, t. V, *Il processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 2 ed., pp. 4457 ss.

L'elenco delle pronunce di rito non presenta particolari novità, in quanto richiama i casi ormai consolidati in cui il giudice può dichiarare, naturalmente anche d'ufficio, l'irricevibilità, l'inammissibilità o l'improcedibilità del ricorso (con una clausola aperta relativamente alla sussistenza o sopravvenienza di ragioni ostative ad una pronuncia sul merito) o l'estinzione del giudizio per perenzione o rinuncia o, ancora, nei casi di mancata attività delle parti a fronte di un termine perentorio.

La disciplina delle pronunce di merito è, invece, più articolata e anche più frammentata, perché l'articolo 34, rubricato "*Sentenze di merito*", contiene una parte soltanto delle disposizioni rilevanti al fine di ricostruire la tipologia e la natura dei provvedimenti che il giudice può adottare quando decide, come dice il Codice, "*sul merito*" e, allo stesso tempo, contiene regole ulteriori rispetto alla mera (e, come si è appena detto, incompleta) elencazione delle sentenze di merito.

Per un esempio della prima evenienza basti pensare alla declaratoria di nullità del provvedimento, evocata nella disciplina delle azioni sin dalla rubrica dell'articolo 31, ma assente nell'elenco dell'articolo 34. Un esempio della seconda evenienza è dato, invece, dalla previsione dell'articolo 34, comma 2, che pone limiti non alle pronunce, ma alla cognizione del giudice, escludendo da essa due diversi "oggetti": la legittimità di poteri amministrativi non ancora esercitati e la legittimità di atti che avrebbero dovuto essere impugnati con azione di annullamento^{8[8]}.

Una ricognizione riferita al complesso delle norme rilevanti, indipendentemente dalla loro collocazione in questa o quella disposizione, consente di "ritrovare", per così dire, nel Codice, i principali tipi di sentenze già previsti nella legislazione previgente, come interpretata dalla giurisprudenza, inquadrabili quindi, sul piano generale, nella classica tripartizione in pronunce dichiarative, costitutive e di condanna. Per misurare l'effettiva portata di questa parte del Codice non ci si può però fermare alla questione della classificazione, ma occorre svolgere un'analisi di dettaglio.

Il Codice ribadisce, innanzitutto, la fondamentale regola secondo la quale il giudice deve decidere sempre nei limiti della domanda. Il principio della domanda non è stato codificato in quanto tale, come accadeva nell'articolo 3 della bozza di Codice predisposta dalla Commissione, che lo inseriva nella più generale affermazione dell'obbligo di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, ma assume comunque una valenza più ampia di un semplice strumento di delimitazione del *thema decidendum* in ragione delle disposizioni dell'articolo 32. Queste disposizioni, infatti, non solo consentono il cumulo di domande connesse nello stesso giudizio, ma

^{8[8]} E' difficile qualificare in astratto il tipo di vincolo che così si pone a carico del ricorrente ed ipotizzare i casi in cui tale vincolo può rilevare, ma si tratta appunto di uno dei tanti profili che, non risolti sul piano della codificazione, torneranno a porsi sul piano dell'interpretazione.

impongono al giudice di qualificare l'azione proposta “*in base ai suoi elementi sostanziali*” e gli consentono di disporre la conversione delle azioni (comma 2).

Si dà così attuazione ai principi di effettività^{9[9]} e concentrazione della tutela e si accentua la configurazione del processo amministrativo come uno strumento di tutela della (legittima) pretesa sostanziale del ricorrente, avente quindi ad oggetto necessario, dell'azione come della pronuncia, il bene della vita che il ricorrente rivendica o al quale comunque aspira.

Il riferimento alle domande e alle azioni nell'articolo 32, che non a caso è collocato immediatamente prima del Titolo del Codice dedicato alle pronunce, fa inevitabilmente emergere la questione della corrispondenza fra elenco delle azioni ed elenco delle pronunce, soprattutto alla luce della menomazione che il primo elenco ha subito nella sua versione definitiva, con l'espunzione dell'azione di accertamento e dell'azione di adempimento e la frammentazione in diversi articoli di alcune disposizioni relative alla valutazione della fondatezza delle pretese, all'azione cautelare, alle azioni esecutive.

La corrispondenza è stata almeno apparentemente rispettata, in quanto dall'articolo 34 sulle pronunce sono state a loro volta espunte la pronuncia di condanna all'emanazione entro un termine del provvedimento rifiutato o omesso e la pronuncia dichiarativa dell'esistenza o inesistenza di un rapporto giuridico.

Si tratta, però, appunto, almeno in parte di apparenza. Se certamente si deve dire che il Codice non prevede un'azione di accertamento e un'azione di adempimento tipizzate – il che non significa peraltro, come vedremo fra breve, che l'ordinamento non consenta tali azioni nel processo amministrativo^{10[10]} – si può invece affermare che lo stesso Codice contempla, oltre alla tradizionale pronuncia di annullamento, pronunce dichiarative basate sull'accertamento dell'esistenza di un rapporto giuridico e pronunce di condanna che impongono all'amministrazione di adempiere, configurando a suo carico non un mero obbligo di provvedere, ma un vero e proprio vincolo dal quale la futura azione amministrativa non può scostarsi.

Fra le pronunce dichiarative espressamente previste dal Codice sono da annoverare sicuramente i casi in cui al giudice è chiesto di accertare la nullità di un provvedimento amministrativo (art. 31, c. 4) o l'illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione o il diritto del ricorrente di accedere a documenti ed informazioni in possesso dell'amministrazione o, ancora, la

^{9[9]} In termini generali, v. le belle pagine di N. Irti, *Significato giuridico dell'effettività*, ES, Napoli, 2009.

^{10[10]} Cfr., in proposito, Cons. St., sez. VI, sentenza n. 717/2009, ove non solo si afferma l'ammissibilità dell'azione di accertamento nel processo amministrativo, ma si ritiene che "anche nel processo amministrativo il potere di accertamento del giudice non possa essere limitato alle sole ipotesi tipiche specificamente previste" in quanto "uno dei corollari dell'effettività della tutela è anche il principio di tipicità delle forme di tutela, non diversamente da quello che accade nel processo civile".

cessazione della materia del contendere (art. 34, c. 5) e la nullità per elusione o violazione del giudicato (art. 114, c.4).

La resezione dell'azione e della pronuncia di accertamento dal Codice non comporta affatto, quindi, che il privato non possa chiedere, e il giudice non possa dichiarare, l'accertamento di un diritto. E' vero che il Codice indica casi specifici in cui questo può avvenire, ma è altrettanto vero che quei casi sono disciplinati in norme diverse, non sono costretti in un elenco unitario e non sono circoscritti da alcuna clausola di tassatività o comunque di chiusura.

Si può dunque affermare che il processo amministrativo non conosce un'azione di accertamento tipica - come accade, del resto, nel processo civile - senza che ciò impedisca di attivare la tutela di accertamento anche al di fuori e oltre i casi espressamente previsti dal Codice.

Un limite a tale possibilità non solo non è posto dal Codice, ma contrasterebbe con il principio di effettività della tutela, radicato nel nostro ordinamento costituzionale come nell'ordinamento europeo e ribadito nella stessa legge di delega, con il principio di cui all'art. 44, c. 2, lett. b). n. 4 della legge n. 69/2009, che ha impegnato il legislatore delegato a prevedere pronunce dichiarative, costitutive e di condanna, idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa. Ove questa idoneità fosse preclusa o limitata, si sarebbe in presenza anche di una violazione, appunto, dei principi e criteri di delega, oltre che di principi generali di rilevanza costituzionale.

Quanto alla seconda questione prima evocata, occorre volgere l'attenzione alla lettera c) del comma 1 dell'articolo 34, ove si prevede che il giudice può non solo condannare l'amministrazione al pagamento di una somma di danaro, ma anche adottare le *"misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio"*^{11[11]}.

Come è già stato segnalato, la previsione assume particolare rilevanza, per diversi ordini di ragioni, a partire dai suoi caratteri di ampiezza e di intensità.

Quanto all'ampiezza, il Codice consente al giudice di pronunciare sentenze di condanna sia in sede di giurisdizione esclusiva, sia in sede di giurisdizione di legittimità e, quindi, indipendentemente dal tipo di situazione soggettiva fatta valere in giudizio, a conferma del fatto che la tutela non è differenziata o graduata, ma è, almeno in via di ipotesi, conseguibile per intero sia per i diritti soggettivi, sia per gli interessi legittimi, con gli specifici contenuti di volta in volta più adeguati a riflettere la concreta conformazione della pretesa fatta valere.

Quanto all'intensità, i possibili contenuti delle sentenze di condanna sono indefiniti e, quindi, non circoscritti a specifiche misure: è invece il giudice che potrà e dovrà individuare, per

^{11[11]} La formula resta ampia, anche se meno incisiva di quella presente nella bozza proposta dalla Commissione, che prevedeva l'adozione di "ogni... misura idonea".

così dire, il tipo di condanna più idoneo ad assicurare (l'effettività del)la tutela della situazione soggettiva dedotta in giudizio.

Il criterio della "idoneità" è fra i più flessibili e polimorfi, come dimostra bene la giurisprudenza comunitaria e nazionale che lo ha enucleato in riferimento all'applicazione del principio di proporzionalità^{12[12]} e fa venire in primo piano la questione degli effetti della pronuncia e del loro collegamento con la soddisfazione della situazione soggettiva ritenuta, nel giudizio, meritevole di protezione.

La valutazione di idoneità alla quale il giudice è chiamato non potrà prescindere, infatti, dall'apprezzamento dell'assetto di interessi come conformato dall'azione amministrativa e, ove questa sia affetta da illegittimità, dalla prefigurazione di quell'assetto "come avrebbe dovuto essere".

Si tratta, come si vede, di una questione centrale per determinare l'effettiva rilevanza delle "nuove" pronunce del giudice amministrativo nel Codice e conviene quindi soffermarsi sul punto con qualche dettaglio.

Il Codice fornisce esempi significativi di misure che il giudice può adottare con le pronunce di condanna e che sono, per un verso, strettamente correlate alla soddisfazione della situazione soggettiva dedotta in giudizio e, per altro verso, configurano un rapporto fra giurisdizione ed amministrazione davvero assai lontano da quello tradizionalmente cristallizzato nella formula "fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione": formula che, non a caso, è stata abbandonata^{13[13]}.

Un primo esempio rilevante è relativo al nuovo ruolo che il giudice amministrativo può svolgere oggi come giudice dei contratti pubblici. Secondo le disposizioni adottate in recepimento della c.d. direttiva ricorsi e poi riportate entro il Codice, il giudice può determinare innanzitutto, la privazione degli effetti del contratto (secondo il linguaggio comunitario; l'inefficacia, secondo il legislatore italiano) quando il contratto sia stato stipulato in violazione del c.d. periodo di *standstill* processuale o sostanziale e tale violazione abbia inciso sul diritto di difesa, o quando tale violazione si aggiunga a vizi di legittimità della procedura di gara e dell'aggiudicazione o, ancora, in caso di

^{12[12]} A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998; D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998.

^{13[13]} La sentenza deve contenere comunque, secondo il disposto dell'art. 88, c. 1, lett. f) del Codice, l'ordine che la decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa, mentre non è stata riprodotta nel Codice la previgente disposizione del regolamento di procedura secondo la quale "l'esecuzione delle decisioni si fa in via amministrativa, eccetto che per la parte relativa alle spese". È interessante notare, peraltro, che fra i possibili contenuti della pronuncia di condanna rientra anche la rimozione del provvedimento illegittimo, perchè altrimenti non si spiegherebbe la previsione dell'obbligo di notificare l'azione di condanna agli eventuali beneficiari (cfr. A. Travi, *Osservazioni generali sullo schema di decreto legislativo con un 'codice' del processo amministrativo*, *giustamm*, n. 8, 2010). Sui possibili sviluppi dei rapporti fra cognizione, esecuzione ed ottemperanza v. l'acuta analisi di M. Lipari, *L'effettività della decisione fra cognizione ed ottemperanza*, in www.federalismi.it, 27 settembre 2010.

annullamento dell'aggiudicazione definitiva che non comporti l'obbligo di rinnovare la gara (artt. 121, 122 e 124)^{14[14]}.

L'ambito di decisione del giudice in materia è assai ampio e comprende la possibilità di calibrare la dichiarazione di inefficacia, limitandola alle prestazioni ancora da eseguire o rendendola operante persino in via retroattiva. Proprio l'ampiezza del potere attribuito al giudice^{15[15]} ha indotto il legislatore ad indicare alcuni elementi di cui tener conto ai fini della dichiarazione di inefficacia.

Questi elementi sono individuati, nei casi delle specifiche violazioni di cui all'art. 121, nelle deduzioni delle parti, nella gravità della condotta della stazione appaltante e nella situazione di fatto. In tutti gli altri casi, il giudice deve valutare se dichiarare l'inefficacia del contratto, tenendo conto degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentro.

Il giudice è chiamato, così, ad operare un vero e proprio apprezzamento del miglior bilanciamento fra gli interessi in gioco, come dimostrano fuor da ogni dubbio la potestà di determinare la decorrenza dell'inefficacia (anche retroattivamente) e la potestà di graduare le sanzioni alternative.

Un secondo esempio è dato dalle disposizioni in materia di giudizio sul silenzio. La norma prevede, in proposito, che il giudice possa conoscere della fondatezza della pretesa – e quindi non solo condannare l'amministrazione a provvedere espressamente, ma anche porre la regola cui si dovrà conformare il provvedimento da adottare – quando si tratti di attività vincolata e risulti che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità (art. 31, c. 3).

Si potrebbe dire, su un piano formale, che nulla è cambiato, perchè in ambedue i casi la valutazione della fondatezza della pretesa incontra il limite dell'attività vincolata. Si è modificata, però, l'ampiezza dell'attività vincolata, rilevabile non solo quando l'amministrazione non dispone di scelta perchè l'attuazione della norma non le lascia spazio, ma anche quando l'istruttoria sia completa, i fatti risultino compiutamente accertati e non vi siano né ulteriori verifiche, né ulteriori possibili valutazioni da fare.

^{14[14]} V. R. Politi, *Il contenzioso in materia di appalti: dal recepimento della Direttiva ricorsi al Codice del processo amministrativo*; www.giustizia-amministrativa.it. Gli effetti complessivi di queste disposizioni diverranno più chiari ed intelligibili con l'applicazione giurisprudenziale, ma si può sin d'ora rilevare un probabile effetto di depotenziamento della tutela cautelare nei giudizi sulle procedure di aggiudicazione, perchè la parte ricorrente potrà essere soddisfatta o ristorata con una serie di misure risarcitorie e compensative che rendono meno grave il *periculum in mora* in attesa del giudizio nel merito e consentono di valutare come "riparabile" il danno eventualmente subito dal ricorrente.

^{15[15]} Secondo alcuni si tratta di un potere così significativo da consentire di configurare una giurisdizione di merito: cfr. R. Caponigro, *La valutazione giurisprudenziale del merito amministrativo*, www.giustizia-amministrativa.it; v. anche R. Politi, *Il contenzioso in materia di appalti*, op. cit..

Si finirà forse, così, per ottenere l'effetto di adempimento, non attraverso un'azione di adempimento tipizzata, ma attraverso una pronuncia di condanna all'adozione del provvedimento necessario a soddisfare la pretesa la cui fondatezza è stata valutata in giudizio.

In ambedue gli esempi emerge l'ampliamento del potere di decisione del giudice, reso possibile anche dalla significativa estensione dei suoi poteri istruttori, grazie alla quale può considerarsi definitivamente superata la situazione, lamentata da M.S.Giannini nel *Discorso sulla giustizia amministrativa*, che vedeva un giudice – allora solo il Consiglio di Stato – con grandi orecchi, ma senza occhi e senza mani^{16[16]}.

Il giudice dispone oggi di strumenti ben più penetranti sia per l'accesso al fatto, sia per la ricostruzione dell'assetto degli interessi, sia per la protezione delle situazioni soggettive meritevoli di tutela. Le disposizioni in materia di pronunce di condanna costituiscono allo stesso tempo un punto di consolidamento di questa tendenza e un punto di partenza verso nuovi sviluppi, che vanno però esaminati, come si cercherà di fare nel prossimo paragrafo, tenendo conto non più solo dei fattori endogeni, ma dei fattori esogeni e di contesto.

Prima di passare a questo ulteriore aspetto, si può osservare, a conclusione dell'analisi appena svolta, che con il Codice sembra essersi compiuto un passo importante verso il superamento del principio di tipicità delle azioni nel processo amministrativo^{17[17]}.

L'atipicità delle pronunce di condanna, insieme alla mancata tipizzazione delle azioni di accertamento e di adempimento, lascia infatti l'azione di annullamento come unica azione che richiede necessariamente, per previsione costituzionale, un base legislativa espressa^{18[18]}.

Sul piano generale del rapporto fra azioni e pronunce si può dunque concludere, con un po' di gusto del paradosso, che proprio la mancata tipizzazione delle azioni, insieme all'ampiezza delle clausole normative relative alle pronunce, consente di sostenere che si è affermato il principio – come molti principi generali non codificato – dell'atipicità delle azioni nel processo amministrativo.

3. La nuova legalità: amministrare è già giudicare

L'analisi delle disposizioni del Codice in materia di pronunce del giudice non esaurisce affatto, però, l'indagine sulla capacità di decisione dello stesso giudice. Ci si riferisce qui non tanto

^{16[16]} M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Rivista di diritto processuale*, XIX, 1964, n. 1, p. 248

^{17[17]} M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2005; Id., *Le azioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 11, 2010; specificamente sulle azioni di condanna v. L. Tarantino, *L'azione di condanna nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.

^{18[18]} Cfr. M. Clarich. *Commento all'articolo 29 del Codice. Azione di annullamento*, in corso di pubblicazione nel *Commentario al codice del processo amministrativo* a cura di Alfonso Quaranta e Vincenzo Lopilato, Giuffrè.

e non solo ai casi previsti in discipline di settore - ad esempio, le pronunce a seguito di *class action* - o determinati da orientamenti giurisprudenziali – si pensi al caso del rito elettorale dopo il recente intervento della Corte costituzionale^{19[19]} - ma soprattutto al contesto ordinamentale nel quale si inserisce il sindacato del giudice amministrativo.

E' profondamente mutato, infatti, rispetto alle origini della giustizia amministrativa, il rapporto trilatero fra legge, amministrazione e situazioni soggettive. Si tratta di una evoluzione in corso da tempo e ampiamente studiata, della quale si possono quindi rapidamente ricapitolare i tratti essenziali per contestualizzare il processo amministrativo e il ruolo del giudice e comprendere meglio come il Codice si inserisca in questo assetto e possa con esso interagire.

Secondo una efficace definizione, il diritto amministrativo è un diritto consacrato dalle norme, ma non ordinato dal legislatore^{20[20]}, non solo perché manca ancora e probabilmente sempre mancherà un codice amministrativo comparabile al codice civile, ma soprattutto perché la legge non è più da tempo, ormai, un meccanismo di selezione di interessi e di posizione di regole generali ed astratte.

Nelle democrazie contemporanee la legge è lo specchio della società e quindi, per un verso, riflette una serie potenzialmente indefinita di diritti ed interessi, spesso in conflitto fra loro e, per altro verso, contiene sempre più frequentemente regole speciali o addirittura singolari, che nel migliore dei casi possono essere ricostruite in microsistemi^{21[21]}.

L'azione amministrativa diventa, di conseguenza, non più soltanto il mezzo per assicurare la protezione dei diritti e degli interessi previsti dalla legge, ma lo strumento per individuare e scegliere quale diritto ed interesse debba prevalere nel caso concreto. Il rapporto tradizionale si inverte: non è più il legislatore ad ordinare e regolare l'assetto degli interessi, ma l'amministrazione ad individuare la norma (e quindi il grado di protezione e di tutela) in concreto applicabile, scegliendo fra molte norme concorrenti.

La concorrenza fra norme è accentuata dal moltiplicarsi delle dimensioni della legalità: la legalità costituzionale, la legalità comunitaria, la legalità globale richiedono all'amministrazione il rispetto di ulteriori principi e regole, che possono a loro volta entrare in contraddizione o contrasto

^{19[19]} Corte cost, sentenza 7 luglio 2010, n. 236.

^{20[20]} S. Cassese, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, 2004.

^{21[21]} Secondo la felice definizione di N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979, ripubblicato in quarta edizione nel 1999.

fra loro e richiedono un'amministrazione capace di trarre la regola di diritto applicabile al caso concreto da una pluralità di fonti^{22[22]}.

Per uno di quei fenomeni di azione e reazione così frequenti negli ordinamenti giuridici, a fronte dell'ampliamento della libertà dell'amministrazione nella scelta della regola applicabile al caso concreto si è andata però affermando una tendenza – ormai consolidata nella giurisprudenza amministrativa - a regolare e condizionare quella libertà mediante il rafforzamento degli obblighi e dei vincoli procedimentali, sostituendo alla indebolita capacità di indirizzo del legislatore il rafforzamento del contraddittorio e della partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo mediante il quale l'amministrazione giunge alla decisione.

Il vincolo ed il condizionamento dell'attività amministrativa seguono sempre meno una logica *top down* – la legge che si impone all'amministrazione tenuta ad eseguirne i comandi – e sempre più una logica *bottom up*: nel procedimento l'amministrazione deve ascoltare gli interessi, consentire e anzi promuovere il confronto fra le diverse posizioni, rispettare clausole generali come la buona fede e la correttezza, adempiere ad obblighi e doveri nuovi, la cui violazione incide sulla legittimità della decisione finale.

Non a caso proprio nell'ordinamento italiano e ad opera del giudice amministrativo si è consapevolmente tentato di compensare la caduta della legalità sostanziale, connessa all'esistenza di una espressa norma di legge, con il potenziamento della legalità c.d. procedurale, che poggia le sue basi nelle garanzie procedimentali e, quindi, nel dialogo diretto fra diritti ed interessi e amministrazione pubblica^{23[23]}.

A questo fenomeno se ne contrappone, poi, uno uguale e contrario: la legge, che non riesce più ad ordinare ed indirizzare l'azione amministrativa, si fa essa stessa amministrazione e, abbandonato il terreno delle statuizioni generali ed astratte, diventa provvedimento^{24[24]}.

La tendenza alla sovrapposizione dei piani, con la rappresentanza ed il pluralismo che si spostano dal processo legislativo al procedimento amministrativo e la decisione concreta e puntuale che si ammantano delle vesti dell'atto legislativo (anche per sfuggire al sindacato giurisdizionale o

^{22[22]} Per uno sguardo d'insieme v. i contributi raccolti in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di Varenna di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, Giuffrè, 2008; F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2007.

^{23[23]} Cons. St. sez. VI, 11 aprile 2006; n. 2007; Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215, con nota di S. Del Gatto, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9/2010, pp. 947 ss.; v. anche M. Ramajoli, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2, 2010, pp. 459 ss.. Sulla natura del fenomeno e sul suo sviluppo anche in una dimensione sovranazionale v. L. Torchia, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, Giuffrè, 2008.

^{24[24]} Per un esame delle tipologie v. S. Spuntarelli, *L'amministrazione per legge*, Milano, Giuffrè, 2007.

almeno renderlo più remoto, dato che il giudice delle leggi non può essere interpellato direttamente) non dipende, peraltro, solo da un fenomeno di disordine contingente, ma riflette a sua volta un più generale processo di trasformazione di rango costituzionale.

Il costituzionalismo contemporaneo si atteggia, infatti, come un costituzionalismo per valori^{25[25]}, che enfatizza i diritti anche indipendentemente (e a volte contro) la legge e li rivendica in una dimensione universale, che si impone o almeno pervade e condiziona tutti gli ordinamenti nazionali.

A sua volta, però, il costituzionalismo contemporaneo non è in grado di fornire una scala unitaria ed omogenea dei valori e dei diritti, ma solo di affinare le tecniche di bilanciamento.

Avviene così che all'arretramento della presunzione di legittimità del provvedimento segua l'attenuazione della presunzione di legittimità della legge, corrosa anche dalla consapevolezza che le leggi sono più spesso prodotte da gruppi d'interesse e di burocrazie specializzate, che non il frutto di un processo deliberativo effettivamente e compiutamente aperto e democratico.

In questo quadro si può dire, rovesciando un antico canone, che amministrare è già giudicare^{26[26]}, come del resto dimostra la crescente enfattizzazione dei principi del contraddittorio e della partecipazione all'interno del procedimento amministrativo

L'amministrazione non attua la legge, ma sceglie – tra una pluralità di interessi - tenendo conto di tanti e articolati principi e canoni di azione: l'imparzialità, la ragionevolezza, il contraddittorio, la proporzionalità, la trasparenza.

Il procedimento può essere modellato, a seconda degli ordinamenti, sul processo politico o sul processo giudiziario, ma in ogni caso è finalizzato a consentire il confronto, lo scontro e l'incontro fra più parti, ciascuna portatrice di un'istanza potenzialmente conflittuale rispetto alle altre.

Quel conflitto sempre più raramente può essere risolto facendo mera applicazione di una norma, perché le norme sono sempre più spesso norme di dettaglio. Il procedimento amministrativo diventa allora lo strumento per una *mise en coherence* di tanti frammenti normativi, guidata ed ordinata da principi generali, quali ad esempio la ragionevolezza, la proporzionalità, l'affidamento.

L'azione amministrativa si conforma, così, più alla *règle de droit* che al principio di legalità riduttivamente inteso, con conseguenze evidenti anche sul sindacato giurisdizionale.

^{25[25]} Sui rapporti fra costituzionalismo per valori, legalità e ruolo delle corti v. l'efficace sintesi di G. Scaccia, *Valori e diritto giurisprudenziale*, www.associazionedeicostituzionalisti.it, 26 ottobre 2009.

^{26[26]} L'attualità della famosa affermazione "*juger l'administration c'est encore une fois administrer*" (Henri de Pansey), tradizionalmente utilizzata per fondare la necessità di avere un *juge administratif* oltre al *juge judiciaire*, è ancora viva nell'ordinamento francese, tanto da costituire il titolo del tema assegnato per il concorso a consigliere di Stato nel 2009.

Non si può più dire, infatti, con Kelsen, che l'applicazione del diritto è produzione di una norma inferiore sulla base di una norma superiore^{27[27]} e cambia, di conseguenza, anche la struttura stessa di esercizio del sindacato giurisdizionale e l'oggetto sul quale esso si esercita.

4. Il diritto legislativo, il diritto giurisprudenziale ed il giudice amministrativo

Le disposizioni del Codice in materia di pronunce consentono di individuare l'oggetto del giudizio in un *conflitto* di interessi che non ha trovato composizione soddisfacente per tutte le parti nel procedimento amministrativo.

Il dibattito, ormai un po' stanco, che vede contrapposto il giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto non consente di percepire la ricchezza di varietà di forme che quel conflitto può concretamente assumere. Se è certamente vero che dopo il Codice è difficile dire che il giudizio debba limitarsi al sindacato dell'atto, anche la categoria del rapporto – paritetico o asimmetrico^{28[28]} che sia – non è sufficiente a dar conto delle nuove dimensioni che la decisione del giudice può assumere.

Il giudice è chiamato, infatti, innanzitutto a ricostruire insieme l'esercizio del potere e l'assetto degli interessi quali erano prima dell'esercizio del potere e quali risultano dopo l'esercizio del potere. La legittimità dell'esercizio del potere e la correttezza dell'assetto degli interessi che ne risulta devono esser quindi valutate alla luce non solo delle specifiche norme rilevanti, ma dei principi generali dell'azione amministrativa, spesso di elaborazione giurisprudenziale e oggi disseminati nelle Costituzioni, nazionali e sopranazionali, alle quali l'ordinamento deve conformarsi.

La valutazione del giudice assume, così, un'articolazione ben più ampia e ricca del meccanico confronto fra fattispecie concreta e fattispecie astratta, in termini di conformità e di corrispondenza e si spinge, invece, sino alla considerazione del conflitto di interessi svoltosi nel procedimento amministrativo e alla regola applicata per risolvere o comporre quel conflitto, per poi enunciare la regola di soluzione del conflitto che appare, alla luce dei fatti accertati, maggiormente corrispondente alle norme e ai principi generali.

^{27[27]} Il giudice amministrativo italiano non è mai rimasto, del resto, prigioniero dell'ortodossia positivista, tanto da aver spesso affermato obblighi in capo all'amministrazione anche senza espressa previsione di legge – l'obbligo di motivazione, poi legificato con l'art. 3 della legge n. 241/90 è fra gli esempi più evidenti – o, viceversa, circoscritto l'obbligo secondo criteri funzionali, anche in presenza di una norma espressa: basti pensare alla giurisprudenza che ha affermato l'irrilevanza della violazione dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, nei casi in cui sia dimostrato che la partecipazione dell'interessato non poteva portare ad un provvedimento diverso da quello adottato dall'amministrazione, sulla quale v., da ultimo, L. Ferrara, *L'allegazione dei fatti e la loro prova nella disciplina dell'annullabilità non pronunciabile: problematiche processuali e trasformazioni sostanziali*, nota a Cons. St., sez. V, 29 aprile 2009, n. 2737, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1, 2010, pp. 226 ss..

^{28[28]} M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008.

Si tratta quindi di un giudizio che non si affida né al puro empirismo delle circostanze concrete e contingenti della questione affrontata, né alla mera deduzione logica di conseguenze concrete da astratte premesse normative, ma è volto innanzitutto a verificare la plausibilità, l'attendibilità e la ragionevolezza della scelta operata dall'amministrazione.

Non si tratta, peraltro, di una novità. La giurisprudenza amministrativa ha sempre fatto un uso sapiente dei principi generali e ha sempre posto, insieme alla regola per il caso concreto, anche un indirizzo per la futura azione amministrativa.

Fino a tempi non troppo lontani, però, l'applicazione dei principi aveva soprattutto una funzione di completamento e di specificazione rispetto al diritto legislativo.

Oggi il rapporto – non solo in Italia^{29[29]} – si va invertendo: il diritto giurisprudenziale non è più complementare, ma assume in maggior misura quella funzione ordinatrice che il diritto legislativo è sempre meno capace di svolgere e supplisce all'instabilità delle norme con il consolidamento degli orientamenti, sino alla produzione, in alcuni casi, di vere e proprie dottrine giudiziarie (la questione dell'azione risarcitoria nel processo amministrativo è un lampante esempio di dottrina giudiziaria).

Si evolve, di conseguenza, anche il rapporto fra giurisdizione ed amministrazione, perché, pur senza mai giungere alla sostituzione nel provvedere, il giudice dispone di un ambito di decisione che gli consente di porre regole stringenti sull'uso del potere amministrativo.

Per uscire dall'astrattezza del ragionamento si faranno due sommari esempi.

Si pensi ad una regola minuta del procedimento quale il preavviso di rigetto. Sempre più la giurisprudenza si va orientando ad affermare che il preavviso di rigetto comporta, per l'amministrazione, l'obbligo di dichiarare tutti i motivi ostativi alla soddisfazione della istanza del privato, in modo che, per un verso, il privato sia messo in condizione di controdedurre compiutamente e, per altro verso, l'amministrazione non possa opporre ragioni sempre nuove e non dichiarate, e quindi non sottoposte a contraddittorio nel procedimento

Forzando un po', si può dire che si impone all'amministrazione di consumare la sua discrezionalità rispetto al caso concreto e di non utilizzarla, invece, come una fonte inesauribile contro la richiesta e la pretesa del privato.

Con una ulteriore conseguenza: se la discrezionalità è stata utilizzata sino in fondo, il conflitto sottoposto al giudice non richiede ulteriori accertamenti e ove la pretesa del privato sia ritenuta fondata, avrà di fronte a sé non un'amministrazione libera di rideterminare la propria decisione a

^{29[29]} M. R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2010.

piacimento, ma un'attività vincolata, per la quale il vincolo deriva, però, non dalla legge, ma dallo svolgimento del procedimento^{30[30]}.

A volte il giudice va ancora oltre e non si limita solo a determinare la regola, ma trae dai principi nuovi strumenti di tutela. Un recente esempio è fornito dal Consiglio di Stato, con la sentenza n. 1220/2010, con la quale si è affermato che il principio di effettività della tutela giurisdizionale, desumibile oltre che dall'art. 24 della Costituzione anche dagli articoli 6 e 13 della CEDU, consente di ritenere che il giudice amministrativo possa emettere una sentenza di condanna idonea a divenire titolo per l'esecuzione forzata (ai sensi degli artt. 389 e 474 c.p.c.)

Il giudice quando decide una controversia, risolve un conflitto ed afferma una regola, non sempre tratta dalla legge. Come è stato autorevolmente osservato, la storicità del nesso fra tutela giurisdizionale e applicazione della legge comporta che quel nesso possa allentarsi o semplicemente, non essere più esaustivo ed esclusivo e che al giudice non si chieda più, quindi, di essere soltanto *bouche de la loi* (Montesquieu) o *oracle of the law* (Dawson)^{31[31]}

Il diritto giurisprudenziale si affianca e si sostituisce, così, al diritto legislativo e diventa un fattore ordinante della complessità dell'ordinamento.

5. Conclusioni

La giurisdizionalizzazione è un fenomeno dei nostri tempi^{32[32]}, che tocca sia gli ordinamenti nazionali, sia quelli sopranazionali^{33[33]} e produce un arretramento del diritto legislativo e un avanzamento del diritto giurisprudenziale. In un quadro caratterizzato da un crescente grado di incertezza e di imprevedibilità, le decisioni dei giudici assicurano almeno la certezza nel caso concreto e sono dotate di specifica efficacia.

Rispetto ad un diritto legislativo sempre più frammentato, complesso e, allo stesso tempo, rigido, il diritto giurisprudenziale è più flessibile, più pronto e rapido nel rispondere alle aspettative di tutela e, anche, più capace di autocorreggersi rispetto alle esigenze che di volta in volta vengono in gioco.

^{30[30]} V. in proposito le considerazioni di R. Gisoni, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo Codice del processo amministrativo*, in www.giustamm.it 23 agosto 2010, in ordine al fondamento di una possibile azione di condanna al rilascio del provvedimento favorevole.

^{31[31]} N. Irti, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in *Diritto e società*, n. 3-4, 2009, per l'affermazione che "il nesso fra tutela giurisdizionale e applicazione della legge ha carattere storico non logico: come fu istituito in epoche di rigore e coerenza normativa, così può essere destituito e sciolto in epoche di crisi, quando il sovrano si ritira o tace" (p. 479), con la conseguenza che "il giudice non sarà più applicatore di norme già date ma valutatore degli interessi in gioco e del peso rispettivo di poteri e contro-poteri. Essenziale è la decisione" (p. 40).

^{32[32]} M. Shapiro, A. Stone Sweet, *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

^{33[33]} S. Cassese, *I tribunali di Babele*, Roma, Donzelli, 2009.

Il Codice del processo amministrativo allo stesso tempo riflette e promuove questa tendenza. La riflette, perché stabilizza e consolida i risultati che la giustizia amministrativa ha già raggiunto in termini di pienezza della tutela. La promuove, perché amplia lo spazio di decisione del giudice e, soprattutto, enfatizza il nesso fra poteri del giudice ed effettività della tutela.

Il Codice costituisce allora un passo significativo verso la soluzione di quello che M. Nigro ha definito il "problema dei problemi" della giustizia amministrativa: giungere alla processualizzazione dei mezzi di tutela pur in presenza di una stretta connessione fra diritto sostanziale e tutela del cittadino^{34[34]}.

^{34[34]} M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 4 ed. 1976, p. 19: "Così stretta essendo la connessione fra diritto sostanziale e tutela del cittadino, com'è possibile, fin dove è possibile, la processualizzazione di questi mezzi di tutela, l'affinamento di essi allo scopo di farne degli efficienti strumenti di garanzia delle situazioni giuridiche degli amministrati? Questo è appunto il problema – anzi il problema dei problemi – della giustizia amministrativa".