

L'effettività della tutela nel Codice del processo amministrativo^{1[1]}

Paola Maria Zerman
Avvocato dello Stato

Pubblicato sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it> il 19 ottobre 2010

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. L'effettività della tutela dell'interesse oppositivo. 3. L'effettività della tutela dell'interesse pretensivo. 4. L'autonomia della condanna risarcitoria. 5. La grande assente: la class action nei confronti della p.a..

1. Premessa.

Ancor prima del "giusto processo", l'art. 1 del codice enuncia il fondamentale principio secondo il quale la giurisdizione amministrativa "assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo".

A ben vedere il principio della "effettività" della tutela non rappresenta che una delle articolazioni del giusto processo, proclamato dall'art. 2 del Codice in attuazione dell'art. 111 della Costituzione e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Il processo giusto, oltre ad assicurare la parità delle parti e il contraddittorio nello svolgimento della dinamica processuale oltre che una durata "ragionevole", deve anche fornire strumenti giuridici adeguati per la effettiva tutela delle situazioni sostanziali fatte valere in giudizio. La effettività della tutela nei confronti della p.a. costituisce l'approdo di lungo itinerario di affinamento delle tecniche di tutela delle situazioni soggettive rivestite dal privato nei confronti dei poteri autoritativi della p.a. in cui importante è stata la sensibilità del giudice amministrativo in relazione al dinamismo dell'azione della p.a. e alla sua variegata presenza nella vita della collettività e dei singoli cittadini.

La redazione del codice, costituisce *di per sé* un altro importante passo avanti nella effettività della tutela. In un Paese, come il nostro, caratterizzato dalla molteplicità e frammentazioni delle fonti normative, l'operazione di riordino in un quadro sistematico, rappresenta senza dubbio un servizio per i cittadini e un apporto alla democrazia.

^{1[1]} Articolo pubblicato sulla rivista Diritto e Pratica amministrativa ed. Il sole 24 ore- settembre 2010.

Ciò non toglie, come ha sottolineato il Presidente del Consiglio di Stato all'atto del suo insediamento, che il Codice costituisca non già un punto d'arrivo ma un punto di partenza.

Lo stesso va infatti ad operare su materia ancora "fluida" e in continuo divenire anche nell'ottica del perfezionamento delle tecniche di tutela nei confronti della p.a., nonché nella necessaria verifica dell'effettivo funzionamento di alcuni nuovi assetti -come quello assai articolato della competenza territoriale del Tar adito, diventata un presupposto processuale non solo per la decisione di merito ma anche per quella cautelare-, che forse meriteranno un adeguamento ai sensi dell' art. 44 comma 4 della legge delega 69/2009.

Molteplici sono stati gli sforzi per dare un'impronta organica e sistematica al processo amministrativo, la cui struttura essenzialmente impugnatoria è stata affiancata dall'azione di condanna e, per ipotesi specifiche, da quella di accertamento -che sebbene espunta formalmente dalla redazione finale del codice come azione generale è rimasta per l'accertamento della nullità del contratto (art. 31 comma 4), dell'illegittimità dell'atto ai fini risarcitori (art. 34 comma 3), dell'inadempimento in caso di silenzio (art. 31 comma 1), nonché della nullità degli atti emanati in violazione del giudicato, (art. 114, comma 4, lett.b)-, in una logica di avvicinamento del processo amministrativo a quello civile, che costituisce, quest'ultimo, esplicitamente fonte di integrazione del codice, stante il rinvio esterno contenuto nell'art. 39 del codice del processo.

Molteplici, infatti, sono gli istituti inseriti nel codice e mutuati dal processo civile quali la possibilità di proporre la domanda riconvenzionale, o la riserva facoltativa d'appello nei confronti delle sentenze parziali, la previsione in via generale della tutela cautelare *ante causam*, e altri strumenti diretti al riconoscimento della parità delle parti processuali, in parte codificando soluzioni già praticate dalla giurisprudenza amministrativa.

Rimodulazione che comunque è il risultato di un ripensamento culturale sul ruolo della p.a. che, in quanto autorità amministrativa, ha sempre rivestito la posizione più forte nel processo, se non altro per la sua posizione super-individuale, diretta all'attuazione dell'interesse pubblico.

L'assimilazione con il codice di procedura civile -ben ne era consapevole il legislatore- incontra il necessario limite imposto dalla diversità sostanziale del processo amministrativo, che rimane nella sua principale sostanza un *processo impugnatorio*, diretto all'eliminazione dell'atto autoritativo che ha compromesso la sfera giuridica del privato, o

a “mettere alle strette” la p.a. perché emani l’atto favorevole richiesto dal privato. La presenza del diritto soggettivo è infatti caratteristica di un rapporto paritario tra le parti, mentre la situazione rappresentata dall’interesse legittimo, è ontologicamente diversa perché scaturita da posizioni soggettive con differente forza giuridica.

Non v’è dubbio che nel processo amministrativo – e nel codice- convivano quindi due anime: quella della struttura impugnatoria, correlata all’esistenza dell’interesse legittimo, e quella della giurisdizione anche sui diritti soggettivi (giurisdizione esclusiva). Ipotesi – quest’ultima- non già marginale ma di notevole estensione e rilevanza per la struttura amministrativa ed economica del Paese (v. art. 133) - al punto da far ipotizzare -da multi- la configurazione del Giudice amministrativo come il Giudice *dell’amministrazione*, circostanza più volte sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale per asserita violazione dell’art. 103 della Costituzione in relazione al criterio di riparto delle giurisdizioni (da ultimo v. Corte Cost., 05-02-2010, n. 35 in materia di smaltimento dei rifiuti)

Nell’ambito della giurisdizione esclusiva, l’effettività della tutela prescritta dall’art. 1 del codice si articola nella possibilità di utilizzare *de plano* davanti al giudice amministrativo gli stessi strumenti del processo civile.

Resta quindi la verifica di come nel codice si attualizzi la efficacia della tutela in relazione alla tradizionale funzione impugnatoria, nonché a quella di condanna, che, peraltro, se pure idealmente collocata in modo autonomo rispetto a quella impugnatoria (stante l’abolizione della “pregiudiziale amministrativa”), è praticamente condizionata alla medesima, in ordine al fondamentale precipitato pratico relativo all’individuazione dell’entità del risarcimento, come meglio sarà esposto in prosieguo.

2. L’effettività della tutela dell’interesse oppositivo.

La tutela dell’interesse oppositivo ha caratterizzato, sin dall’origine, la struttura del processo amministrativo, essendo quella che, con maggiore immediatezza, veniva in rilievo nella dinamica dei rapporti tra autorità e cittadino, unilateralmente inciso da un provvedimento di carattere restrittivo della sfera giuridica (in particolare in materia di atti ablatori come l’ espropriazione immobiliare ma anche per provvedimenti sanzionatori o precettivi).

La tutela demolitoria-ripristinatoria dell'atto restrittivo è idonea a dare piena soddisfazione all'interesse del privato, ripristinando la situazione *di diritto* anteriore all'emanazione dell'atto.

Ove l'emanazione dell'atto amministrativo -poi annullato- abbia prodotto ulteriori effetti non eliminabili dalla pronuncia di annullamento, il ricorrente può ottenere la condanna della p.a. all'eliminazione degli effetti pregiudizievoli, attraverso lo strumento del risarcimento in forma specifica -riconosciuto esplicitamente dall'art. 7 legge Tar modificato dall'art. 7 l.205/2000, e oggi dall'art. 34 lettera c) del c.p.a.- in tal modo ripristinandosi anche la situazione *di fatto quo ante*. Salvo il limite dell'eccessiva onerosità previsto dall'art. 2058 c.c.. in presenza del quale il risarcimento in forma specifica cede il passo all'azione risarcitoria per equivalente (es. in caso di irreversibile trasformazione del fondo tale da rendere eccessivamente oneroso il ripristino per l'amministrazione).

Ulteriore strumento di attuazione della efficacia della tutela è poi la previsione della condanna atipica contenuta nello stesso art. 34, da parte del g.a. "all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio" che, se sembra rivestire carattere residuale nell'ipotesi della tutela dell'interesse oppositivo, di assai maggiore rilevanza appare in ordine alla tutela dell'interesse pretensivo.

3. L'effettività della tutela dell'interesse pretensivo.

Ben più complessa è stata l'elaborazione di una tutela effettiva della pretesa del privato ad ottenere un provvedimento ampliativo della sfera giuridica e quindi satisfattivo del suo *interesse pretensivo* nei confronti della p.a. (es. il rilascio di una concessione, autorizzazione, licenza o una promozione ecc.)

Nel lontano passato, la posizione di autorità della p.a. aveva giustificato -rendendoli ingiustiziabili- una serie di comportamenti omissivi e di rifiuti illegittimi che rendevano il privato impotente di fronte alla supremazia -meglio dire, arroganza- dei pubblici poteri.

Situazione da tempo ormai superata, attraverso la laboriosa opera della giurisprudenza amministrativa, sollecitata a precorrere la norma nell'apprestare al privato una tutela non solo di nome ma anche di fatto.

L'ostacolo di fondo era - ed è tuttora- rappresentato dalla impossibilità di superare *la linea di confine* tra l'azione giudiziaria e quella amministrativa, cui si impronta la separazione dei poteri nel nostro ordinamento. Separazione che assegna alla p.a. il *merito*

dell'azione amministrativa, e cioè la valutazione discrezionale dell'opportunità e delle modalità della regolamentazione degli interessi in gioco, e al giudice amministrativo il sindacato sulla *legittimità* dell'azione amministrativa, con la possibilità di affacciarsi alla finestra del merito solo attraverso l'esame del vizio dell'eccesso di potere. Solo nel caso in cui l'amministrazione rimanga inadempiente al giudicato, il g.a. nell'ambito dell'azione di ottemperanza, può sostituirsi alla p.a. nell'emanazione dell'atto e comunque nella determinazione del suo contenuto, se di carattere discrezionale.

In questa prospettiva l'elaborazione della tutela di effettiva dell'interesse pretensivo ha dovuto costantemente confrontarsi con precisi ostacoli giuridici e pratici.

Da una parte, come detto, l'impossibilità, da parte del g.a. di sindacare il merito dell'azione amministrativa, dall'altra la concreta difficoltà di valutare se il bene della vita richiesto dal privato, spettasse effettivamente in relazione ad un giudizio prognostico, reso più complesso a fronte di attività discrezionale, e quindi la p.a. potesse essere condannata all'emanazione dell'atto richiesto, una volta accertata la illegittimità del rifiuto (per es. ad una concessione edilizia, promozione, contributo, sovvenzione, autorizzazione ecc.).

Il problema è in definitiva quello dell'*ammissibilità dell'azione di condanna nei confronti della p.a. all'emanazione del provvedimento richiesto dal privato e illegittimamente rifiutato.*

Più volte la giurisprudenza, a fronte all'istanza del privato di condanna all'emanazione del provvedimento richiesto, si era interrogata sulla possibilità di utilizzare a tal fine lo strumento della *reintegrazione (rectius: risarcimento) in forma specifica* riconosciuto dall'art. 7, l. Tar.

La giurisprudenza maggioritaria aveva però negato che tale rimedio potesse essere ricondotto ad un'azione di *adempimento* nei confronti della p.a., diversa essendone la struttura, perché il risarcimento in forma specifica è azione risarcitoria che presuppone l'esistenza di un danno, di talchè, mentre lo strumento ben si attaglia in caso di interessi oppositivi, perché correlati ad un preesistente bene della vita privato o inciso illegittimamente dalla p.a., difficilmente analogo discorso può farsi nell'ipotesi in cui il bene della vita *ab origine non esista* e sia invece esattamente quello che il privato aspira ad ottenere con il provvedimento rifiutato. Pertanto, solo dal giudizio di ottemperanza il privato poteva attendersi quella effettività di tutela, da conquistare dunque con anni di battaglie giudiziarie non di rado ormai diventate inutili.

Ma i tempi cambiano ed evolve il rapporto tra cittadino e p.a. non più –almeno in teoria- improntato alla logica della supremazia ma a quello del servizio. E quindi si afferma la più ampia e incisiva tutela soprattutto nei confronti dell'ingiustificato sopruso costituito dal perdurante silenzio della p.a. a fronte di un'istanza del privato.

La disciplina del *silenzio*, diventa così una postazione di avanguardia non solo per un processo più rapido, ma anche per la possibilità di un'indagine più incisiva nei confronti della p.a.. Stabiliva infatti, l' art. 2 comma 8 legge 241/90 (ora sostituito dall'art. 31 del Codice) che in caso di accoglimento dell'istanza avverso l'inerzia della p.a. il Giudice potesse conoscere della "*fondatezza dell'istanza*".

Tuttavia tale espressione ha imposto una interpretazione restrittiva da parte dei giudici amministrativi, i quali hanno reputato che non fosse stata introdotta con la norma una giurisdizione generale di *merito*, circostanza che avrebbe urtato con il principio di separazione dei poteri, nonchè riconosciuto un'ingiustificata maggior tutela del silenzio, rispetto a quella della illegittimità dell'atto, dove è preclusa una siffatta indagine da parte del giudice. Diversamente opinando, si sarebbe dovuto concludere che per cittadino era preferibile –sotto il profilo della tutela apprestata- il silenzio della p.a., piuttosto che l'emanazione di un provvedimento espresso.

E così la -più ampia- dizione della norma è stata restrittivamente interpretata nel senso che il G.a. poteva conoscere della fondatezza dell'istanza solo in presenza di attività vincolata (o di *manifesta* fondatezza o infondatezza).

Interpretazione che è stata poi codificata con l'attuale art. 31 comma 2 secondo il quale "*il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione*".

Simmetria giuridica vuole che il potere del giudice, come individuato dalla norma in materia di silenzio – in relazione pertanto all'*interesse pretensivo* del privato ad ottenere il provvedimento inerente il bene della vita richiesto- debba costituire ermeneutico criterio interpretativo anche in relazione al giudizio sull'*illegittimo diniego*, e alla individuazione del contenuto dell'art. 34 del codice, secondo cui il giudice, in caso di accoglimento del ricorso – e nei limiti della domanda-, condanna la p.a. "*all'adozione delle misure idonee a*

tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e dispone misure di risarcimento in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 del codice civile".

Se, pertanto, la previsione e l'esplicito richiamo all'art. 2058 c.c. ben si attaglia alla lesione degli interessi oppositivi, ci si chiede, in sostanza, se la generica formula utilizzata dal legislatore in ordine alla possibilità di condanna della p.a. alle "*misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*" possa comprendere –come il più il meno- *la condanna della p.a. al fare specifico rappresentato dall'emanazione dell'atto richiesto.*

La dottrina formatasi sulla prima lettura del codice^{2[2]} è nel senso affermativo. Pur dolendosi del fatto che l'azione di adempimento, così come quella generica di accertamento, sia stata espunta dal codice in sede di passaggio governativo, si riconosce tuttavia, che grazie all'operazione ermeneutica sopra rappresentata in ordine alla simmetria con la disciplina del silenzio, ben si possa concludere che la generica dizione della norma, tra le misure idonee a tutelare la situazione giuridica, comprenda *innanzitutto* la principale misura rappresentata dalla condanna all'emanazione dell'atto.

Con i limiti, peraltro, indicati dalla norma sul silenzio. E cioè gli atti a contenuto *vincolato* o quando non residuino altri spazi di discrezionalità e non sia necessaria ulteriore attività istruttoria da parte della p.a..

Nel caso di attività discrezionale, invece, solo mediante il giudizio di ottemperanza – in caso di persistente inadempimento della p.a. -, in quanto esteso al merito, il giudice potrà determinare il "*contenuto del provvedimento amministrativo*" o provvedere "*all'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione*" (art. 114 comma 4 lettera a)).

L'esplicita previsione della possibilità di condannare la p.a. ad un *fare specifico* e in concreto ad *aggiudicare l'appalto* all'impresa illegittimamente pretermessa, risolta in senso negativo dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n.9 del 2008) che ne aveva riconosciuto la possibilità solo in sede di giurisdizione di merito nell'ambito dell'ottemperanza al giudicato, è oggi riconosciuta dal codice dagli art. 121-125 con cui si dà attuazione alla direttiva ricorsi 66/2007 UE . E ciò in accordo anche con l'estensione

^{2[2]} V.Raffaello Gisondi: "La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo"; Roberto Chieppa: "Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela"; Marcello Clarich: "Commento all'art. 29 del Codice del processo amministrativo. Azione di annullamento" tutti pubblicati sul sito www.giustizia-amministrativa; Francesco Caringella: Manuale di diritto amministrativo. III ed. agosto 2010 pag.158-159

della giurisdizione esclusiva “alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell’aggiudicazione” (art. 133 comma 6 lett.e)punto 1).

Le soluzioni sopra richiamate, sono in armonia con la natura anticipatoria e atipica della *tutela cautelare* –che, in linea con precedente disciplina, si concretizza nelle misure più *idonee* ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso”(art. 55 comma 1)- avverso i provvedimenti *negativi*, la cui semplice sospensione non procurerebbe alcun vantaggio al privato, se non accompagnata anche dai riconosciuti poteri propulsivi del g.a. (attraverso l’ordine di un *facere* e cioè dell’emanazione di un atto privo dei vizi denunciati) o addirittura sostitutivi in caso di attività vincolata.

4. L’autonomia della condanna risarcitoria.

Il tanto atteso superamento della pregiudiziale amministrativa, ovvero della previa impugnazione e caducazione dell’atto amministrativo nei termini di decadenza per proporre domanda risarcitoria per lesione di interesse legittimo, è alla fine arrivato con la previsione contenuta nel codice dell’azione risarcitoria autonoma.

Stabilisce infatti l’art. 30 che l’azione di condanna per risarcimento da lesione di interessi legittimi può essere proposta non solo contestualmente all’azione impugnatoria, ma anche “in via autonoma”.

Ma la norma detta stringenti condizioni perché la domanda si possa proporre autonomamente. Il compromesso trovato dai compilatori del codice tra la totale indipendenza dell’azione (da assoggettare al normale termine di prescrizione quinquennale dell’illecito extracontrattuale) o la determinazione di un preciso e limitato termine di decadenza (in tal caso 120 giorni) si è risolto a favore del secondo, che decorre dal verificarsi del fatto dannoso o “dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo”o, -in caso di azione risarcitoria per inosservanza (dolosa o colposa) *del termine di conclusione del procedimento*- decorso “un anno dalla scadenza del termine per provvedere”(art. 30 comma 4).

L’autonomia dell’azione risarcitoria rispetto all’impugnazione dell’atto lesivo è stemperata dal successivo disposto della norma in relazione alla determinazione dell’entità del danno. E’ stabilito, infatti, che comunque il giudice “*esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero*

potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti".

Tale previsione comporta un'inevitabile -e giustificata, in ragione dell'inerzia dell'interessato- limitazione del danno in gran parte dei casi considerato il carattere soddisfacente legato normalmente alla tutela caducatoria.

5. La grande assente: la class action nei confronti della p.a..

Il timore di dare ai cittadini eccessiva chiarezza in ordine agli strumenti di tutela, ha indotto, secondo taluni, a escludere dall'articolato del codice non solo l'azione di adempimento, ma anche l'azione collettiva nei confronti della p.a. istituzionalizzata dal decreto legislativo n. 198/2009 di attuazione della legge delega 15/2009.

Non poche sono le difficoltà applicative legate a tale azione (stante anche il rinvio *sine die* operato dall'articolo 7 dello stesso decreto legislativo in attesa della messa a punto dei criteri relativi alla determinazione degli standard di qualità, la cui violazione legittima la proposizione dell'azione collettiva) la quale peraltro si colloca in posizione di *avanguardia* nella tutela degli interessi dei cittadini, nell'ottica di lettura costituzionalmente orientata della tutela del cittadino non solo come singolo ma inserito nell'ambito di una collettività in cui esplica la propria personalità (art. 2 della Cost.).

Tuttavia l'istituto esiste e non può dubitarsi del rilevante interesse che rappresenta sia sotto il profilo della tutela degli interessi collettivi che su quello dogmatico, traendo la sua efficacia non già dalla possibilità di ottenere un risarcimento in denaro - precluso dalla normativa- ma l'adempimento o l'"*esatto adempimento*" ai doveri della amministrazione.

La riflessione sulla sistematica delle azioni proponibili davanti al g.a. dovrà, pertanto, fare giustizia anche di questa azione che pare destinata all'emarginazione forse perché troppo temuta.

Il novero delle azioni proponibili, indicate dagli articoli 29-31 del codice dovrà pertanto essere debitamente integrato dall'azione collettiva, quale indefettibile strumento di tutela piena delle situazioni giuridiche dei cittadini e di efficacia della tutela ai sensi dell'art. 1 del codice.
