

Novità legislative

Il Codice del processo amministrativo: una prima lettura

di Carlo Emanuele Gallo

Il D.Lgs 2 luglio 2010, n. 104 ha approvato il Codice del processo amministrativo, suddiviso in 5 libri, con 137 articoli. Si tratta del primo testo completo ed organico in materia, che raccoglie la disciplina previgente e gli orientamenti consolidati della giurisprudenza, ma con significative innovazioni al fine di consentire un adeguamento nell'avvenire di questo essenziale strumento di tutela del cittadino. Il commento fornisce un panorama completo del contenuto del Codice.

Un vero Codice

Sulla Gazzetta Ufficiale del 7 luglio 2010, n. 156, supplemento ordinario n. 148, è stato pubblicato il D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, intitolato «Attuazione dell'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al Governo per il riordino del processo amministrativo». Il titolo, in sé non particolarmente significativo, maschera, in realtà, un contenuto ben più consistente: e difatti, all'art. 1, primo comma, è stabilito che «è approvato il Codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 del presente decreto». Ma non meno rilevante è l'art. 2, che, al primo comma, stabilisce che «il presente decreto entra in vigore il 16 settembre 2010».

Il decreto n. 104 del 2010, perciò, è il Codice del processo amministrativo, un codice mai sino ad ora approvato, che entrerà in vigore poco più di due mesi dopo la pubblicazione del testo sulla Gazzetta Ufficiale, senza alcuna disciplina transitoria che non sia quella prevista per la perenzione dei ricorsi ultraquinquennali, di carattere peraltro settoriale, e la disciplina di carattere generale che prevede che per i termini in corso alla data di entrata in vigore del Codice continuano a trovare applicazione le norme previgenti e che la nuova regola in forza della quale le domande assorbite debbono essere riproposte dall'appellato all'atto della costituzione in giudizio, che deve avvenire entro termini perentori, non si applica agli appelli depositati prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice.

Se si raffronta l'intitolazione del decreto legislativo con quella del regio decreto che, a suo tempo, ha approvato il Codice di procedura civile (R.D. 28

ottobre 1940, n. 1443: «Approvazione del Codice di procedura civile») o con l'intitolazione del D.P.R. che ha approvato il Codice di procedura penale attualmente vigente (D.P.R. 22 settembre 1988, n. 447: «Approvazione del Codice di procedura penale»), ne risulta che, ancora una volta, per quanto concerne il processo amministrativo il legislatore ha seguito quell'atteggiamento di *understatement* che caratterizzava la legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato: e ciò, probabilmente, in qualche misura in linea con il contenuto della legge delega che, come è noto, delegava appunto il Governo ad adottare «Uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti i Tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato».

La scelta legislativa, sia originaria, nella legge delega, che successiva, nel decreto legislativo, si trova in un certo contrasto con le attese che la legge delega ha ingenerato e con la stessa denominazione che, tra gli addetti ai lavori, fin da subito è stata attribuita al nuovo testo normativo: quella, appunto, di Codice del processo amministrativo. Ma questa sottolineatura del ruolo della disciplina delegata è, probabilmente, una conseguenza dell'aspettativa che la legge delega ha ingenerato, in tutta la comunità scientifica e professionale, in considerazione del fatto che la disciplina del processo avanti il giudice amministrativo non aveva ancora trovato una sua regolamentazione completa e organica (pur essendo strutturata in una pluralità di testi in sé sufficientemente completa) cosicché la novità introdotta dal legislatore non poteva non stimolare interesse e riflessione.

Quasi una conseguenza di questa impostazione, che

si è tradotta anche in prese di posizione ufficiali dei vertici del Consiglio di Stato (1), è stata la discussione in ordine alla qualificazione del nuovo testo: ci si è chiesto se si trattasse di un vero codice oppure no. La questione si è stemperata progressivamente, ma merita una qualche osservazione, se non altro per memoria (2).

È ovvio che il Codice del processo amministrativo non è rapportabile ai codici civili dell'Ottocento, che si qualificano sì per la loro compiutezza normativa, ma soprattutto per essere l'orgogliosa affermazione, da parte di una nuova società, della possibilità di dettare un corpo compiuto di regole che corrispondessero alla sua visione del mondo e che fossero considerate come di per sé costituenti la trascrizione normativa della natura delle cose. Vi era, pertanto, una compiutezza di disciplina che riposava su una robusta connotazione ideologica.

L'età successiva, quella della decodificazione, è un'età nella quale il mito del codice dell'Ottocento non è venuto meno perché considerato superato, ma è, semplicemente, stato in parte sconfitto dalla esigenza di regolamentare settori appositi in modo nuovo, proprio perché quella stessa società che aveva dato luogo al primo codice civile aveva ormai specializzato e settorializzato i propri interessi: ed ecco che, in realtà, non appena la decodificazione si è affermata, è rispuntata l'esigenza di sistematicità, giustificata grosso modo con gli stessi imperativi, che ha condotto all'approvazione di codici di settore.

La realtà più recente, e cioè degli ultimi decenni, è ancora diversa: sulla scena della storia si sono affacciati molti altri soggetti, molte altre formazioni sociali, addirittura molte altre popolazioni, con la conseguenza che il codice è divenuto null'altro se non uno strumento per consentire ai destinatari delle regole di poterle comprendere in modo unitario, talvolta anche con la possibilità di introdurre, nel momento in cui il sistema unitario viene ricostruito, delle innovazioni anche significative. Il codice corrisponde a quello che un tempo era un testo unico previa delegazione: una raccolta di norme finalizzata alla realizzazione di un insieme armonico, ma con possibilità di integrazioni ed aggiornamenti laddove necessari.

Il Codice del processo amministrativo si situa a buon diritto in questa linea e per questa ragione può essere definito un codice, né più né meno di quanto non lo siano altri testi coevi (è stato testé approvato il Codice della difesa ed è in corso di elaborazione il Codice dell'antimafia).

Il Codice del processo amministrativo ha, invero,

una sua completezza ed unitarietà, avendo l'ambizione di aver raccolto in unico testo tutta la disciplina relativa a tutti i settori del processo amministrativo e cioè del processo che si svolge avanti il complesso TAR-Consiglio di Stato (3). Ed è significativo, per esempio, che nell'ultima versione, e cioè quella pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, sia stata ricompresa nel Codice non soltanto la disciplina del contenzioso sui contratti della pubblica amministrazione contenuta nel D.Lgs. n. 53 del 2010, ma che tale disciplina, come si vedrà, sia stata anche profondamente modificata. Anche con riferimento ad un testo di poco antecedente, il Codice ha affermato la sua funzione.

Detta funzione non viene meno per il fatto che, qua e là, vi è il riferimento non soltanto ai principi di diritto processuale generale desumibili dal Codice di procedura civile, come è stato da sempre riconosciuto, ma anche a specifici istituti del Codice di procedura civile, per esempio in materia di notificazione: è evidente, infatti, che laddove determinati istituti sono stati disciplinati in modo puntuale e specifico in un altro codice, nel rispetto di finalità identiche a quelle che il processo amministrativo deve perseguire, non vi è alcuna necessità di riproduzione delle norme, per l'ovvio canone ermeneutico in forza del quale la ridondanza è sempre da evitare in quanto foriera di inconvenienti interpretativi.

A questa funzione del Codice del processo amministrativo ne va peraltro ancora aggiunta un'altra, non adeguatamente esplicitata: così come il diritto amministrativo, anche il processo amministrativo è apparso, per molto tempo, a coloro che non lo praticavano abitualmente, come il regno delle regole implicite, o delle regole non scritte e, per questo, in buona parte inaccessibili ai non addetti ai lavori. Il Codice del processo amministrativo ha voluto rendere esplicite queste regole, per permettere sostanzialmente a qualunque cittadino o a qualunque utente del processo di comprendere con chiarezza quali sono gli istituti e le norme che deve rispetta-

Note:

(1) Si veda la relazione inaugurale dell'anno giudiziario 2010 del Consiglio di Stato letta dal Presidente Paolo Salvatore, l'11 febbraio 2010, e pubblicata sul sito ufficiale della giustizia amministrativa.

(2) Una trattazione estesa è stata elaborata da E. Follieri, *La natura dell'articolato provvisorio denominato codice del processo amministrativo*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2010, 367 ss.

(3) Ovviamente, sulla scorta dell'esperienza giurisprudenziale; si veda, in merito, A. Pajno, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 119.

re. E non si tratta, per questo, di poca cosa, in considerazione del riconoscimento del diritto di azione e di difesa come diritto fondamentale a maggior ragione nei confronti della pubblica amministrazione, secondo quanto stabilito agli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione.

Il fatto è, però, che questo risultato, in sé certamente non criticabile, è stato raggiunto con un metodo che non si è rilevato dei migliori: la legge delega consentiva al Governo di far intervenire in merito il Consiglio di Stato, al fine di formulare un progetto di legge, siccome previsto dal secondo comma dell'art. 14 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato approvato con R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 (così come, del resto, era stato fatto allorché, nel 1971, vennero semplificati i procedimenti in materia di ricorsi amministrativi). La Commissione insediata presso il Consiglio di Stato, composta di magistrati di questo consesso, di giudici dei Tribunali amministrativi regionali, e di esperti esterni, ha operato in un tempo assai breve, concludendo i propri lavori, sostanzialmente, in poco più di tre mesi. All'atto della conclusione dei lavori, la Commissione ha elaborato un testo, diffuso nel mese di dicembre del 2009, che conteneva, soprattutto nel primo libro, numerosi profili assai innovativi. Dopodiché, però, l'andamento dei lavori ha subito delle repentine e non chiare modificazioni (4), cosicché si sono succeduti più testi, diversi, modificati, a quanto pare, in sede di disamina al Ministero dell'economia, modificati in sede di rielaborazione alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, modificati a seguito del parere delle Commissioni parlamentari: il risultato è un testo finale che, per certi aspetti, e cioè soprattutto nel libro I, è certamente meno innovativo dell'originario e per altri, nei restanti libri, più prudente e più equilibrato. La stesura finale non deve essere valutata negativamente: ma certamente l'opacità attraverso la quale si è giunti ad essa ha addensato critiche e diffidenze sul testo, che si sarebbero potute evitare se si fosse prescelto un andamento più trasparente e formalmente partecipato.

Il primo dei cinque libri: le disposizioni generali

Il Codice del processo amministrativo è suddiviso in cinque libri, per un totale di 137 articoli, l'ultimo dei quali, peraltro, costituito da una strana «norma finanziaria», in forza della quale «le amministrazioni competenti provvedono all'attuazione del Codice nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vi-

gente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica». Si tratta di una disposizione stravagante, perché, di per sé, la medesima non ha nulla a che vedere col processo e con le sue regole: ma in questo caso, il legislatore delegato ha voluto introdurre un monito agli organi giurisdizionali e di autogoverno (le «amministrazioni competenti»), al fine di evitare che l'approvazione delle nuove regole del processo possa dar luogo ad incrementi di spese o a nuove richieste. È anche questa una spia di come il mito del codice sia ormai venuto meno; per il vero, nemmeno in un testo unico si sarebbe potuta immaginare una disposizione del genere: si tratta, evidentemente, di un estremo tentativo di evitare che l'attuazione della riforma processuale possa stimolare gli interessi corporativi.

La suddivisione del Codice del processo amministrativo in libri ricalca, come è evidente, la ripartizione propria di tutti i codici e, in particolare, del Codice di procedura civile, che è stato il modello. Peraltro, nella fattispecie, la suddivisione può apparire in qualche misura eccessivamente ambiziosa, ove si tenga conto del fatto che il numero di articoli interessato è nettamente più ridotto rispetto a quello del Codice di procedura civile. Ciò ha comportato una artificiosa suddivisione, qua e là, della materia, come è soprattutto evidente nel libro dedicato alle impugnazioni.

Il libro I, intitolato «Disposizioni generali», è quello che, nel corso dei lavori, prima della Commissione competente, poi del Governo e del Parlamento, ha subito le maggiori e più consistenti modificazioni. Può dirsi che la stesura finale è quella che più corrisponde allo stato attuale del processo amministrativo (5), con l'introduzione, qua e là, di limitate modificazioni: ben più incisiva era, all'origine, la proposta della Commissione (6).

Note:

(4) Considerate peraltro fisiologiche dal coordinatore, il Presidente P. De Lise, secondo quanto dallo stesso dichiarato nelle conclusioni alla tavola rotonda tenutasi il 21 aprile 2010 presso la Corte di Cassazione e pubblicate sul sito ufficiale della giustizia amministrativa.

(5) Così ritiene anche P. De Lise, *op. cit.*, secondo il quale è stato elaborato un testo, sulla base delle conquiste giurisprudenziali, che costituisca non tanto un punto di arrivo, quanto un punto di partenza per la giurisprudenza successiva.

(6) Il confronto tra i vari testi emerge bene dal dibattito svoltosi sul convegno organizzato dalla Rivista Diritto e Processo Amministrativo e dalla Associazione degli Studiosi del Processo amministrativo a Padova il 26 marzo 2010 (il resoconto degli interventi di F. Merusi, V. Domenichelli, E. Follieri, R. Villata, L. Mazarroli, A. Masucci, G. Falcon, A. Corpaci, F. Volpe, G. Sala, A. De Zotti, L. Garofalo, G. Berto, è pubblicato in www.giust.amm.it e sarà riportato su *Dir. e Proc. Amm.*, 2010).

Questa incisività emergeva, innanzitutto, dalla definizione dei principi generali, che, nell'attuale versione del Codice, è, sostanzialmente, la riproduzione di quanto si ritiene in tema; nella stesura originaria, ed anche in quelle immediatamente seguenti, viceversa, vi erano affermazioni più specifiche, soprattutto finalizzate ad imporre al giudice di pronunciare su tutta la domanda e di giungere ove possibile alla decisione di merito: anche in questo caso, si tratta di principi certamente non innovativi, ma che avevano una loro ragion d'essere a fronte della tendenza del giudice amministrativo all'assorbimento in proprio dei motivi.

Anche per quanto concerne l'ambito della giurisdizione amministrativa non vi sono delle significative innovazioni nel Codice così come approvato. Nella stesura originaria, soprattutto nella prima, vi era, invece, una formulazione dell'ambito della giurisdizione amministrativa che sembrava orientata a porre in secondo piano il ruolo dell'interesse legittimo e ad evidenziare la funzione del giudice amministrativo come giudice su tutta l'attività dell'amministrazione, configurandosi tendenzialmente la posizione del cittadino come posizione di diritto soggettivo. Si trattava di un'impostazione non aderente a quello che è il quadro costituzionale, che, come del resto più volte ricordato dalla stessa Corte Costituzionale (basta pensare alla sentenza n. 204 del 2004), configura espressamente due posizioni a favore del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, il diritto soggettivo e l'interesse legittimo, ed incentra il ruolo della giurisdizione amministrativa sulla tutela dell'interesse legittimo. Correttamente, perciò, da questo punto di vista, il testo finale del Codice ha ripristinato la ripartizione tradizionale; correttamente anche perché, sino ad ora, e l'esperienza è ormai più che secolare, la giurisdizione amministrativa ha sicuramente ben funzionato nel garantire la tutela del cittadino nei confronti del pubblico potere.

Affrontando la problematica della giurisdizione, il Codice disciplina anche quali sono i mezzi attraverso i quali la questione di giurisdizione può essere posta al giudice amministrativo e quali sono gli strumenti attraverso i quali, ove la questione sia posta e decisa da questo giudice, è possibile riproporre la domanda avanti il giudice ritenuto titolare della potestà di pronunciarsi. L'orientamento che il Codice ha seguito è quello di recepire lo stato della giurisprudenza della Corte di Cassazione, alla quale, peraltro, anche il giudice amministrativo si è allineato: e così, il difetto di giurisdizione in primo grado è rilevabile d'ufficio, mentre nei giudizi di impu-

gnazione è rilevabile soltanto se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione. All'art. 11 il Codice ha disciplinato autonomamente la *translatio iudicii*: si tratta di una previsione opportuna, in quanto, dovendosi definire qual è il procedimento utilizzabile avanti il giudice amministrativo, non poteva che essere questo Codice a pronunciarsi in merito. La disciplina è sostanzialmente analoga, né poteva essere diversamente, a quella che la L. n. 69 del 2009 ha introdotto nel Codice di procedura civile, con un'unica utile precisazione, introdotta nell'ultima versione del testo: e cioè il fatto che le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova. Si tratta di un'innovazione significativa, poiché sul punto la disciplina del processo civile è silente, e che corrisponde all'opinione più autorevole manifestata in letteratura in merito, che tiene conto del fatto che il processo si è svolto, anche ai fini probatori, davanti a un vero giudice, sia pure non al giudice dotato della *potestas iudicandi* nella fattispecie. Una disciplina particolare il Codice ha introdotto per quanto concerne la tutela cautelare, che nel processo amministrativo è particolarmente significativa: si prevede, infatti, che le misure cautelari perdono la loro efficacia trenta giorni dopo la pubblicazione del provvedimento che dichiara il difetto di giurisdizione del giudice che le ha emanate. Le parti possono riproporre le domande cautelari al giudice munito di giurisdizione. Il Codice si è preoccupato che la tutela cautelare, accordata evidentemente sulla base di una valutazione congiunta della possibile fondatezza della domanda e della sussistenza del *periculum in mora*, possa essere travolta dalla decisione sulla questione di giurisdizione, privando sostanzialmente di difesa colui che l'aveva ottenuta. E così è stata prevista una ultra-attività della tutela cautelare, sia pure limitata nel tempo, con l'effetto di consentire a colui che sia sollecito e diligente nella riproposizione della domanda di limitare al massimo i possibili pregiudizi.

Il libro I del Codice del processo amministrativo, nel testo approvato definitivamente, introduce, invece, una disciplina completamente diversa e nuova per quanto concerne il regime della competenza. È noto che nella L. n. 1034 del 1971 la competenza era individuata in linea di massima come competenza territoriale sempre derogabile; successivamente, ma soprattutto in leggi speciali, erano stati introdotti casi di competenza inderogabile, talvolta di natura funzionale talvolta per materia. Questo regi-

me era rimasto sostanzialmente invariato nelle varie scritture della bozza di Codice. Nel testo finale, viceversa, il quadro è mutato radicalmente. Tutti i tipi di competenza sono diventati inderogabili, sia la competenza territoriale che la competenza funzionale che la competenza per materia (competenza per materia e competenza funzionale sono in realtà confuse all'interno di un'unica competenza definita funzionale). Il che significa che il difetto di competenza può essere rilevato in primo grado anche d'ufficio. L'attribuzione del carattere di derogabilità della competenza si è però accompagnata ad un regime particolare del regolamento di competenza, che è stato progressivamente, nelle varie stesure del Codice, sottratto al rigore dei termini previsti nella L. n. 1034 del 1971, che ne rendeva necessaria la proposizione all'inizio della controversia, fino a giungere all'attuazione formulazione dell'art. 15, che consente di proporre regolamento di competenza finché la causa non è decisa in primo grado. La scelta non può non lasciare perplessi. L'irrigidimento del regime della competenza, del quale francamente non si sentiva un gran bisogno, può essere volto ad evitare che si verificano nuovamente quegli episodi che non sono mancati nelle esperienze dei Tribunali amministrativi regionali e cioè la trasmigrazione di determinati tipi di ricorsi presso i tribunali che avevano un orientamento favorevole, soprattutto ai fini della tutela cautelare. L'ampliamento dei termini per la proposizione del regolamento di competenza fa sì che la questione di competenza diventi una questione che può in qualunque momento paralizzare il giudizio, con effetti perniciosi anche sulla tutela cautelare poiché soltanto il giudice che ritiene la sua competenza può accordarla, con il risultato di inserire in un procedimento che dovrebbe essere ispirato a celerità e certezza un elemento di perturbazione del quale francamente non si sentiva la necessità.

Ma due sono state, soprattutto, le questioni sulle quali il primo libro è stato profondamente modificato nel corso della stesura del Codice: l'individuazione della tipologia delle azioni e la questione della cosiddetta pregiudizialità amministrativa.

Nelle stesure originarie del Codice le azioni erano individuate come l'azione di accertamento, l'azione avverso il silenzio, l'azione di annullamento, l'azione di condanna, l'azione di adempimento, le azioni esecutive e l'azione cautelare. Era evidente l'intenzione non solo di completare lo strumentario a disposizione del ricorrente, ma in qualche misura anche di sovvertire l'assetto tradizionale della giustizia amministrativa: basti considerare che l'azione di impugna-

zione, che è quella tradizionale e classica, veniva individuata soltanto al terzo posto, e che l'azione di ottemperanza non era nemmeno inserita con la sua denominazione tipica, ma con la denominazione generica di azione esecutiva. Al di là di questo rilievo dal punto di vista sistematico e terminologico, le azioni apparivano formulate con termini molto ampi: l'azione di accertamento era prevista come possibilità di chiedere l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle consequenziali pronunce dichiarative, l'azione di condanna era immaginata come azione volta ad ottenere la condanna dell'amministrazione al pagamento di somme di denaro o all'adozione di ogni altra misura idonea a tutelare la posizione giuridica soggettiva non conseguibile con il tempestivo esercizio delle altre azioni, l'azione di adempimento era definita come l'azione di condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento richiesto o denegato. L'intento di chi aveva proposto questa sistematica era evidente: consentire comunque al cittadino, vuoi nel caso in cui fosse titolare di interesse legittimo vuoi nel caso in cui fosse titolare di un diritto soggettivo, di ottenere davanti al giudice amministrativo una tutela piena ed effettiva.

È anche vero, però, che questo tipo di atteggiamento, in sé apprezzabile, si scontrava con la difficoltà di individuare nel settore dell'ordinamento sostanziale, e cioè nel regime dei rapporti fra cittadino e amministrazione, delle posizioni soggettive che avessero in sé la consistenza che la tutela giurisdizionale doveva garantire. Se, in altre parole, non è stabilito dal legislatore che ci siano situazioni nelle quali il rapporto fra cittadino e amministrazione sia già predefinito dalla legge, di modo che occorra soltanto risolvere l'incertezza su quanto la legge dice, non è evidentemente immaginabile un'azione di accertamento; il giudice, infatti, non potrebbe accertare alcunché. Se nell'ordinamento non è previsto che il cittadino abbia un diritto ad una determinata prestazione anche non soltanto pecuniaria dell'amministrazione, all'attuazione della quale l'amministrazione possa essere tenuta, non è possibile immaginare una sentenza di condanna che sia finalizzata, come si è detto sopra, all'adozione di ogni altra misura idonea a tutela la posizione giuridica soggettiva non conseguibile con il tempestivo esercizio delle altre azioni. L'azione di condanna, infatti, non è, a livello di teoria generale, un'azione sussidiaria o di chiusura, finalizzata cioè a consentire di ottenere quello che non si potrebbe ottenere altrimenti, ma è invece un'azione che è finalizzata ad ottenere che vi sia un ordine del giudice di effettuare quella pre-

stazione che l'ordinamento individua come pretenibile. La formulazione dell'azione di condanna sembra quasi essere ricalcata sulla tutela cautelare innominata, che però può essere innominata perché è servente una tutela di merito viceversa nominata. L'azione di adempimento, in tanto si giustifica, ancora una volta, per la possibilità prevista dall'ordinamento sostanziale che il cittadino pretenda un determinato provvedimento: se questa possibilità nell'ordinamento sostanziale non vi è, non si vede come sia possibile prevedere un'azione di adempimento (anche se, va detto, la discrezionalità amministrativa è sempre più ridotta, in ragione della disciplina contenutistica dettata dal legislatore multilivello, degli autolimiti che la p.a. è tenuta ad imporsi, dell'incidenza della partecipazione).

Queste critiche sono quelle che, evidentemente, hanno mosso i successivi revisori del Codice, non conosciuti (7) ad eliminare buona parte di queste azioni dal testo finale: ma, del resto, questa eliminazione in qualche misura era inevitabile e comunque non ha creato gran danno in quanto, come si vedrà, nei libri successivi del Codice, e soprattutto nel secondo, vi erano già delle evidenti limitazioni al contenuto di queste azioni. Da questo punto di vista, il libro I e il libro II sembrano, effettivamente, essere stati scritti da soggetti che hanno poco comunicato: il libro I ha individuato delle azioni molto ampie, il libro II, lo si vedrà, ha individuato delle possibilità di esercizio di queste azioni, e cioè degli strumenti processuali, molto più ristrette. E poiché il processo in tanto opera in quanto vi sia lo strumento che consente il suo funzionamento, le affermazioni diverse non possono che risultare affermazioni di principio.

Nel testo oggi vigente, al primo posto è l'azione di annullamento, nelle sue connotazioni classiche; al secondo posto è l'azione di condanna, che è un'azione di condanna pecuniaria, anche di natura risarcitoria; al terzo posto è l'azione avverso il silenzio, che ricalca l'azione già attualmente prevista dalla L. n. 241 del 1990, sia pure con delle significative aperture. Quest'azione, infatti, da un lato comporta l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere, dall'altro consente al giudice di pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (come già prevedeva l'art. 2 della L. n. 241 del 1990), ma con talune limitazioni che, paradossalmente, possono rendere più vitale la previsione che, come è noto, il giudice amministrativo si è rifiutato sino ad ora di utilizzare. Ed infatti, la possibilità di pronunciare sulla fondatezza della pretesa sussiste solo quando si tratta di attività vincola-

ta, o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione. È questa, sostanzialmente, la traduzione in italiano dell'azione di adempimento prevista nell'ordinamento tedesco, che, si confida, dovrebbe indurre il giudice amministrativo ad essere più audace nell'utilizzazione di un potere che sino ad ora non ha esercitato, paradossalmente limitando la possibilità di pronunciare sulla fondatezza dell'istanza nel senso di pronunciare sulla infondatezza dell'istanza (è noto che il giudice amministrativo, investito dell'azione nei confronti del silenzio o si limita a dichiarare l'esistenza del silenzio o pronuncia in ordine alla insussistenza delle ragioni addotte dal ricorrente per ottenere il provvedimento richiesto).

Il Codice ha, nello stesso art. 31 che disciplina l'azione avverso il silenzio, inserito anche la disciplina della azione per la declaratoria della nullità (8): la disposizione prevede che la domanda volta all'accertamento delle nullità debba essere proposta entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può viceversa essere sempre opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice. La disposizione in questione non si applica alle nullità derivanti dal carattere elusivo del provvedimento che vengono ordinariamente conosciute dal giudice dell'ottemperanza entro il termine ordinario di prescrizione dell'azione di esecuzione. La scelta del Codice è una scelta che, nella sua formulazione, non è tecnicamente corretta. Se è vero che, imprescrittibile l'azione di nullità, ciò che è soggetto ai termini è l'azione al riconoscimento della quale la nullità è contestata, è anche vero che non è sempre detto che la pretesa che vien fatta valere davanti il giudice amministrativo abbia la consistenza di un interesse legittimo, ben potendo avere la consistenza anche di un diritto soggettivo. Anzi, di norma, se il provvedimento è nullo è più facile che il cittadino sia titolare di un diritto soggettivo che di un interesse legittimo, che presuppone,

Note:

(7) F. Merusi ha fatto riferimento ad uno "sforbiciatore".

(8) La tematica negli ultimi anni è di viva attualità, sia in letteratura che in giurisprudenza: per tutti, si veda la completa monografia di F. Astone, *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009, nonché la decisione del Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498, in corso di pubblicazione sul *Foro Amm. CdS*, 2010, con nota di S. Foà, *Pubblica amministrazione ricorrente, domanda riconvenzionale e accertamento della nullità: tra diritto civile e nuovo Codice del processo amministrativo*.

come è noto, nella configurazione attuale, l'esistenza del potere. Se è così, la soluzione non può che essere una: se la domanda proposta è finalizzata al riconoscimento e alla tutela di un interesse legittimo, il termine non può che essere quello ordinario di sessanta giorni, se la domanda è proposta alla tutela di una posizione di diritto soggettivo, il termine non può che essere quello proprio del diritto soggettivo che viene azionato. Inventare un termine nuovo, in qualche misura intermedio, di centottanta giorni, non ha nessun significato, anche perché, trattandosi di un termine che vale soltanto avanti la giurisdizione amministrativa, questo non consente nemmeno di ritenere comunque che possa essere in ogni caso garantita la certezza dei rapporti giuridici: avanti al giudice ordinario nel caso di nullità di provvedimento quel termine non si applica. Per questo profilo, la norma è criticabile e risponde a quella tendenza, di cui si vedrà anche oltre, a proposito della pregiudizialità amministrativa, ad individuare tempistiche particolari per l'azione nei confronti della pubblica amministrazione che non sono accettabili in sé a livello di teoria generale e che possono apparire anche scarsamente rispettose della previsione costituzionale, che laddove esclude che possano essere posti limiti all'azione nei confronti di determinati atti o con riferimento a particolari mezzi di impugnazione, evidentemente esclude che si possano costruire dei regimi specifici di natura processuale per determinati atti della pubblica amministrazione (non potrebbe, nella specie, dirsi che in realtà il regime vale per tutti gli atti nulli della pubblica amministrazione, poiché come detto non è così: vale soltanto per tutti gli atti nulli che devono essere conosciuti dal giudice amministrativo). Nell'interno della disciplina dell'azione di condanna, il Codice ha affrontato il delicato problema della cosiddetta pregiudizialità amministrativa. Nel momento in cui la Commissione ha cominciato a lavorare al tema, era già sufficientemente nota la posizione conclusiva della Corte di Cassazione in merito: la Corte di Cassazione, con la ben nota ultima pronuncia delle Sezioni Unite del dicembre 2008, aveva confermato l'impossibilità di subordinare l'azione risarcitoria a tutela di interessi legittimi alla previa impugnazione del provvedimento amministrativo, ammettendo, però che l'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione, in questo caso, potesse essere assoggettata a termini anche più brevi di quelli di prescrizione ordinaria e che potesse essere valutata, ai fini del risarcimento del danno, la diligenza del danneggiato, anche in relazione al fatto che il medesimo avesse

utilizzato i mezzi di tutela previsti dall'ordinamento, con una lettura dilatata dell'art. 1227 del Codice civile. La Commissione ha, a questo punto, individuato un percorso per giungere a stabilire un concordato tra la posizione della Corte di Cassazione e la posizione del Consiglio di Stato, che sembrava viceversa ferma, salve talune pronunzie dissonanti, nell'affermare la necessità della pregiudizialità amministrativa (9). Secondo il testo originario della Commissione, l'azione di risarcimento per la lesione di interessi legittimi poteva essere proposta anche in via autonoma, senza necessità di impugnazione del provvedimento, ma nel termine di decadenza di centottanta giorni decorrente dal giorno in cui il fatto dannoso si è verificato o dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Proponeva la Commissione che nel determinare il risarcimento il giudice dovesse valutare tutte le circostanze di fatto ed il comportamento complessivo delle parti e potesse escludere i danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza anche attraverso l'esercizio dei mezzi di tutela o l'invito all'autotutela. Questo tipo di impostazione è stata mantenuta anche nel testo finale del Codice, che si è limitato a ridurre il termine di centottanta giorni a centoventi giorni. Sulla base di quanto detto, pare certamente eccessiva la critica che è stata sollevata nei confronti dell'ultima versione del Codice, accusato di avere reintrodotta la pregiudizialità amministrativa: non è la riduzione del termine da centottanta a centoventi giorni (anche se questo termine corrisponde a quello previsto per il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica) a rendere impossibile la tutela. Il fatto è, piuttosto, che è il sistema che è stato costruito che appare scarsamente giustificabile, poiché introduce un termine, definito di decadenza per la sua evidente brevità e per impedire l'applicazione dell'istituto dell'interruzione, che è diverso e peggiorativo rispetto a quelli che sono, di norma, i termini di prescrizione per le azioni risarcitorie, con, perciò, l'attribuzione di una posizione di privilegio all'amministrazione pubblica che la Corte Costituzionale ha già in passato ritenuto ingiustificata allorché ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del termine biennale di prescrizione degli emolumenti degli impiegati civili dello Stato o allorché ha dichiarato

Nota:

(9) La problematica è notissima: per tutti, da ultimo, su questa *Rivista*, Cass., Sez. Un., 25 marzo 2010, n. 7160, *retro*, 2010, 791 ss., con commento di A. Spezzati, e Cons. Stato, sez. VI, 21 aprile 2009, n. 2436, *id.*, 2009, 1246, con commento di L. Maccari.

incostituzionale il termine di novanta giorni previsto per far valere diritti di natura pensionistica avanti la Corte dei Conti. Delle due l'una. O si ritiene che nei confronti della pubblica amministrazione si possa agire entro il termine ordinario di prescrizione o si assoggetta la possibilità di pretendere il risarcimento all'avvenuto ottenimento dell'annullamento del provvedimento impugnato (questa seconda soluzione sarebbe in realtà la preferibile poiché la tutela dell'interesse legittimo non può essere disgiunta dal perseguimento dell'interesse pubblico: non è immaginabile che vi possa essere una tutela soltanto risarcitoria perché la tutela risarcitoria non garantisce il perseguimento dell'interesse pubblico, che evidentemente può essere perseguito soltanto in modo corretto).

Per la stessa ragione è parimenti inaccettabile il porre a carico del soggetto danneggiato l'onere di agire in giudizio nei confronti della pubblica amministrazione, addirittura l'onere di chiedere un provvedimento cautelare, quando questo tipo di onere non è richiesto nei rapporti tra privati, perché si ritiene che vada ben al di là di quello che può essere il concorso colposo del creditore nel verificarsi del danno. Il concorso colposo opera sul piano sostanziale, infatti, e non sul piano processuale.

Il Codice si preoccupa comunque di coordinare l'azione di impugnazione e l'azione di risarcimento, stabilendo che nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento, la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza (allorché il danno sia cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa e colposa del termine di conclusione del procedimento il termine di centoventi giorni non decorre fin tanto che perdura l'inadempimento o comunque fin tanto che non sia decorso un anno dalla scadenza del termine per provvedere).

Con quest'ultima previsione, il Codice applica il principio che ha parimenti affermato a proposito di pluralità di domande, e cioè che è sempre possibile nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse proposte in via principale o incidentale: in questo modo, si è evitato l'atteggiamento formalistico che la giurisprudenza amministrativa ha sino ad ora quasi sempre mantenuto in ordine alla possibilità di proporre ricorsi collettivi o cumulativi.

Il secondo libro: il processo amministrativo di primo grado

Il libro II del Codice del processo amministrativo è

dedicato al processo amministrativo di primo grado. Si tratta di un testo che ha avuto, nel corso del tempo, minori modificazioni rispetto all'origine, probabilmente perché si trattava di normativa più tecnica e sulla quale era meno facile giungere a posizioni molto differenziate.

Il libro II, peraltro, è ricco di novità, spesso finalizzate a semplificare la disciplina precedente o a razionalizzarla (10).

La semplificazione emerge, per esempio, dalla unificazione dei termini per il deposito degli atti notificati, che è unico, trenta giorni, sia per il ricorso principale che per il ricorso incidentale che per i motivi aggiunti che per l'atto di intervento.

Una semplificazione è quella relativa al termine di proposizione del ricorso incidentale o della costituzione in giudizio, che è, in entrambi i casi, di sessanta giorni dalla ricevuta notificazione del ricorso principale.

Una razionalizzazione è la previsione di un termine per l'atto di intervento, fissato con lo stabilire che il deposito del medesimo è ammesso fino a trenta giorni prima dell'udienza.

Un completamento di tutela è stato introdotto a proposito della tutela cautelare, con la generalizzazione a tutte le controversie avanti il giudice amministrativo anche della tutela cautelare *ante causam*, mentre una accelerazione dei tempi sta nella previsione di termini più brevi per l'appello cautelare (trenta giorni dalla notificazione dell'ordinanza o, altrimenti, sessanta giorni dal deposito). Per quanto concerne la tutela cautelare, il procedimento è stato arricchito e in qualche misura reso più complesso. Il Collegio, infatti, potrà decidere sull'istanza cautelare nella prima camera di consiglio successiva al ventesimo giorno dalla notificazione e successivo al decimo giorno dal deposito del ricorso. Le parti possono depositare memorie e documenti fino a due giorni liberi prima della camera di consiglio (pur potendo effettuare una costituzione direttamente in camera di consiglio). Il meccanismo è stato introdotto, evidentemente, per consentire una adeguata tutela in sede cautelare collegiale, ma, con la dilatazione dei tempi, non potrà che comportare un più frequente ricorso ai provvedimenti cautelari monocratici (anche se, come è noto, in materia di contratti della pubblica amministrazione

Nota:

(10) Anche in questo caso, utile è il resoconto dell'apposito convegno organizzato a Messina il 9 aprile 2010 dalla Rivista Diritto e Processo Amministrativo e dall'Associazione degli Studiosi del processo amministrativo pubblicato su www.giust.amm.it.

l'applicazione della clausola *stand still* potrebbe tutto sommato rendere non del tutto necessaria questa tutela).

A fini di accelerazione del giudizio sembra rispondere la riduzione del termine per il deposito della istanza di fissazione d'udienza ad un anno e la previsione che l'udienza possa essere fissata prioritariamente se le parti convengono che la questione da sottoporre all'attenzione del Collegio sia soltanto una, anche a seguito di rinuncia agli altri motivi o eccezioni, e se le parti concordano sui fatti di causa.

Alla finalità di semplificazione corrisponde la previsione in forza della quale la riassunzione, dopo la sospensione del giudizio, è effettuata con semplice fissazione di udienza da depositare entro sessanta giorni e che la medesima modalità vale nel caso di interruzione se è la parte nei cui confronti si è verificato l'evento interruttivo a presentare la domanda di fissazione d'udienza.

Il libro II disciplina anche i mezzi di prova e l'attività istruttoria. Per quanto concerne i mezzi di prova, non vi è una sostanziale novità rispetto alla situazione oggi esistente, se non la previsione di un articolato contraddittorio nel corso della consulenza tecnica, così come previsto nel processo civile, e se non l'affermazione che la consulenza tecnica d'ufficio può essere disposta «se indispensabile»: l'affermazione vuole, evidentemente, porre un freno all'entusiasmo con il quale il giudice amministrativo spesso ricorre alla consulenza tecnica d'ufficio, anche in situazioni nelle quali la delicatezza e la complessità delle valutazioni tecniche non si prestano a essere utilmente ripercorse da un consulente esterno pur qualificato stante la opinabilità delle soluzioni. Va pur considerato che, in molte ipotesi, l'ordinamento ha attribuito alla pubblica amministrazione il compito di effettuare anche in proprio delle valutazioni tecniche, costruendo apparati a ciò appositamente dedicati che, nel corso del tempo, hanno affinato la loro preparazione in merito (il riferimento può essere, ma non soltanto, alle soprintendenze, che, e non da ora, e forse soprattutto in passato, hanno affinato le loro competenze valutative nelle materie loro affidate; ma vi sono anche altri apparati tecnici di amministrazione che occupandosi stabilmente di determinati profili sono certamente in possesso di cognizioni tecniche non facilmente individuabili in consulenti esterni). Fermo restando che il giudice ha un pieno accesso al fatto e quindi può ripercorrere qualunque tipo di valutazione tecnica, è certamente prudente evitare di contrap-

porre a valutazioni tecniche di apparati amministrativi complessi giudizi di singoli consulenti che non è detto posseggano nello specifico la medesima preparazione.

Ma ciò che più rileva è il tema dell'onere della prova. Il Codice, nella stesura originariamente proposta dalla Commissione, conteneva, nel libro I, un articolo che sembrava essere formulato nei termini di attribuzione al ricorrente dell'onere pieno della prova; l'espressione dubitativa è giustificata perché alla sostanziale perentorietà dell'affermazione si accompagnavano, appunto nel libro II, delle considerazioni molto più sfumate, con il riconoscimento al giudice di poteri officiosi. Il Codice, nel testo oggi vigente, non contiene più, nel I libro, alcuna disposizione in merito e, invece, contiene, nel libro II, due articoli che sono dedicati a questo profilo. Il primo è l'art. 63 (che è l'unico articolo che costituisce il capo I del libro III: a dimostrazione dell'artificiosa suddivisione, talvolta, del Codice, in libri, capi e titoli privi di contenuto); il secondo è l'art. 64, che è il primo articolo del capo II. Il primo articolo apre stabilendo che «fermo restando l'onere della prova a loro carico, il giudice può chiedere alle parti anche d'ufficio chiarimenti e documenti». L'articolo prosegue riconoscendo altri poteri istruttori officiosi in capo al giudice. L'art. 64 afferma che «spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni». Anche questo articolo, dopo avere stabilito che il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite, prevede che il giudice amministrativo può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione. Dal combinato disposto delle due norme risulta come, in realtà, il Codice abbia confermato la situazione oggi esistente: il giudice ha ampi poteri d'ufficio, che può esercitare quando ciò è opportuno per la definizione dei fatti di causa; le parti sono onerate della prova, allorché questa sia nella loro disponibilità. Si tratta né più né meno di quanto la giurisprudenza afferma ormai da oltre un cinquantennio: ciò che stupisce è che per giungere a questo risultato si siano utilizzate tutte le possibili espressioni salvo quella che è ormai acquisita sia in letteratura che in giurisprudenza, secondo la quale sul ricorrente grava l'onere di un principio di prova. Se vi era un caso in cui non vi era alcuna discussione tra gli addetti ai lavori, di

qualunque provenienza, era proprio questo. Immaginare di dover alterare una situazione pacifica è effettivamente sconsiderato. E non si può nemmeno sostenere che, con la possibilità di accesso agli atti, l'onere della prova per il ricorrente sia divenuto più lieve: come è ben noto, il termine per l'accesso agli atti e per il successivo contenzioso non incide sul termine per ricorrere e sarebbe veramente ingiusto addossare al cittadino l'onere di piena prova quando colui che agisce sul piano sostanziale è l'amministrazione e colei che detiene i documenti è sempre l'amministrazione.

Né si dica che il processo amministrativo è di norma un processo su diritti e che, di conseguenza, l'onere pieno della prova corrisponde a quanto normalmente si verifica in giudizio: si tratta di un'affermazione falsa, poiché il processo amministrativo è, tuttora, per oltre il 90%, un processo amministrativo di impugnazione (per il semplice fatto che l'amministrazione continua ad essere titolare di un potere o che, comunque, ciò che il cittadino più contesta è evidentemente l'esercizio del potere: laddove raggiunge un accordo il cittadino, va da sé, non contesta nulla; l'azione risarcitoria è un'azione certamente residuale, poiché essendo comunque il cittadino in rapporti continuativi con la pubblica amministrazione, non può che riservare l'azione risarcitoria ad ipotesi estreme, nelle quali il rapporto è da considerare ormai definitivamente compromesso).

Il Codice non disciplina il ruolo del giudice istruttore, che non configura; così facendo viene meno ad uno dei principi contenuti nella legge delega che, esplicitamente, all'art. 44, comma 2, lett. a) prevedeva «l'estensione delle funzioni istruttorie esercitate in forma monocratica» (il Codice, anzi, riserva taluni mezzi di prova, quali la consulenza e la prova testimoniale, esclusivamente al Collegio). La scelta non può essere del tutto criticata, in quanto, come è noto, la funzione del giudice istruttore è stata sempre molto discussa e l'opportunità del suo inserimento non ha trovato tutti concordi. Il giudice istruttore potrebbe essere sicuramente utile per configurare un meccanismo che dia continuità allo svolgimento del giudizio, svolgimento del giudizio sul quale il Codice non si è impegnato, non avendo, in primo grado, collegato alla tardività della costituzione in giudizio delle parti resistenti una qualche conseguenza (a meno di volere riferire anche alla costituzione delle parti il disposto dell'art. 54, che consente la presentazione tardiva di memorie e documenti soltanto attraverso una eccezionale autorizzazione del Collegio; ma, in ogni ca-

so, il Codice non definisce quale deve essere il contenuto dell'atto di costituzione). È anche vero, peraltro, che nel processo amministrativo attuale il ruolo di collegamento fra la fase introduttiva del giudizio e la fase della decisione di merito è svolto dall'istanza cautelare e soprattutto dalla successiva trattazione in camera di consiglio, che può portare o direttamente alla definizione del giudizio oppure ad una fissazione anticipata dell'udienza di discussione, cosicché, nei fatti, ove lo si voglia, una sorta di svolgimento coordinato del processo già può aversi.

Il Codice, viceversa, ha articolato in modo molto più completo, e complesso, l'attività preliminare all'udienza, prevedendo non soltanto il deposito di documenti e memorie, ma anche il deposito di repliche. È così stabilito che fino a trenta giorni prima dell'udienza è possibile depositare documenti e memorie e fino a venti giorni prima dell'udienza è possibile depositare repliche: in questo modo, soprattutto se la giurisprudenza ammetterà le repliche soltanto per chi abbia depositato la memoria, come un tempo succedeva nel processo civile, sarà possibile evitare che vi sia un contraddittorio zoppo. Anche per quanto concerne la fase della decisione il Codice valorizza il principio del contraddittorio, tutelando le parti nei confronti della cosiddetta sorpresa. È previsto, all'art. 73, infatti, che se il Collegio ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, deve indicarlo in udienza dandone atto a verbale; se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie. Si tratta di una previsione che richiama quella contenuta nel Codice di procedura civile, ma in modo ben più articolato, e che impone al Collegio non di effettuare una precamera di consiglio, ma di seguire attentamente la discussione in udienza, adottando, sull'istante, o provvedimenti con contenuto di ordinanza, se li si vuole formalizzare, o inviti presidenziali raccolti a verbale, sulla base dei quali le parti siano rese edotte dei rilievi che il Collegio ha colto e sui quali potrebbe definire la controversia. Così concepita l'udienza la medesima non viene a perdere il suo significativo istituzionale, tipico del processo amministrativo; ciò non toglie rilievo alla previsione in forza della quale le parti in udienza possono discutere sinteticamente: se non si verifica questa ipotesi particolare e se le parti hanno effettivamente depositato memorie e repliche, evidentemente una discussione orale non ha più alcuno spazio.

Il terzo libro: le impugnazioni

Il libro III del Codice è dedicato alle impugnazioni e ricalca il corrispondente titolo III del libro II del Codice di procedura civile, così individuando una regolamentazione che non ha provocato particolari rilievi e che è rimasta in buona parte immutata nelle varie edizioni delle bozze preparatorie (11).

Le innovazioni più significative concernono il riconoscimento espresso della possibilità dell'impugnazione incidentale tardiva, secondo quanto ritenuto dalla Corte di Cassazione nel processo civile, in difformità di quanto, viceversa, si opinava nel processo amministrativo. Una ulteriore novità, finalizzata questa volta a rendere più certo lo svolgimento del giudizio, è la previsione della necessità che gli appellati proponano le domande e le eccezioni sulle quali il giudice di primo grado non si è pronunciato nella memoria depositata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio. In questo modo, si ovvia al contraddittorio claudicante che, viceversa, poteva sino ad ora essere sviluppato con la presentazione da parte dell'appellato dell'atto contenente la riproposizione dei motivi assorbiti o le eccezioni non esaminate in vista dell'udienza di discussione.

Il Codice prevede anche la riserva di appello, che deve essere formulata con atto notificato entro il termine per l'appello e depositato nei successivi trenta giorni presso la segreteria del Tribunale amministrativo regionale.

Riprendendo la disciplina contenuta nel Codice di procedura civile e, del resto, già in buona parte fatta propria dalla giurisprudenza amministrativa, il Codice non ammette nuove domande e nuove eccezioni nel processo d'appello; non sono ammessi neppure nuovi mezzi di prova, neanche documentali, salvo che il Collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per una causa ad essa non imputabile.

I motivi aggiunti sono espressamente previsti, ma soltanto con riferimento ai provvedimenti amministrativi impugnati in primo grado, e cioè non contro provvedimenti emanati successivamente, secondo quanto peraltro ritenuto anche ora dalla giurisprudenza.

Le ipotesi di rimessione della causa al primo giudice sono disciplinate in modo più esplicito, con la previsione che la rimessione della causa al giudice di primo grado è possibile soltanto se è mancato il

contraddittorio, se è stato leso il diritto di difesa di una delle parti ovvero se la sentenza è stata dichiarata nulla o se viene riformata la sentenza che ha declinato la giurisdizione o ha pronunciato sulla competenza o ha dichiarato l'estinzione o la perenzione del giudizio. Anche in questo caso si tratta dell'esplicitazione delle regole che la giurisprudenza aveva già tratto dalla disciplina più confusa esistente nella L. n. 1034 del 1971.

Non è più prevista, a seguito del rinvio, la fissazione automatica della causa avanti il giudice di primo grado, così come stabilito nella legge TAR a seguito della modificazione della L. n. 205 del 2000. Evidentemente, a questo punto, occorrerà riassumere il giudizio avanti il giudice di primo grado secondo i criteri ordinari disciplinati nel libro I. Il Codice rinvia all'art. 8, comma 2, delle norme di attuazione, che prevede che il Presidente del TAR possa derogare al criterio cronologico nella fissazione dei ricorsi allorché il Consiglio di Stato abbia appunto rinviato la causa al giudice di primo grado. Questa previsione, però, da sola, non consente di ritenere che il rinvio comporti l'automatica ripresa della controversia davanti al giudice di primo grado. Poiché, peraltro, il Codice, all'art. 80, prevede che la prosecuzione o riassunzione del processo avvenga mediante la semplice domanda di fissazione d'udienza, a questo punto deve ritenersi che il meccanismo da seguire imponga soltanto la presentazione di questa istanza (questa viene ad essere l'innovazione rispetto a quanto previsto dall'art. 35 della legge TAR nel testo vigente).

Il Codice disciplina anche la revocazione e l'opposizione di terzo, ma con regole tutto sommato corrispondenti a quelle già vigenti.

Viene regolato anche il ricorso in Cassazione, ma l'unica novità è che il Consiglio di Stato, su istanza di parte, in caso di eccezionale gravità e urgenza, può sospendere gli effetti della sentenza impugnata e disporre le altre opportune misure cautelari: si tratta di una scelta senz'altro condivisibile come completamento di tutela.

Nota:

(11) Anche qui, utile è l'esame del resoconto del convegno svoltosi il 30 aprile 2010 presso l'Università di Roma Tor Vergata, sempre a cura della stessa Rivista e della stessa Associazione, con relazioni di E. Picozza, A. Police e interventi di E. Follieri, S. Tarullo, M. Tucci, V. Caputi Jambrenghi, W. Giuletti, P. Chirulli, M. V. Ferroni, S. Oggianu, pubblicato su www.giust-amm.it.

Il quarto libro: il giudizio di ottemperanza e i riti speciali

Il IV libro del Codice contiene la disciplina del giudizio di ottemperanza e dei riti speciali (12).

Per quanto concerne il giudizio di ottemperanza le novità sono sicuramente consistenti.

Innanzitutto, il giudizio di ottemperanza può essere proposto per ottenere non soltanto la condanna dell'amministrazione al pagamento delle somme maturate dopo il giudicato ed al risarcimento dei danni verificatisi dopo il passaggio in giudicato della sentenza di cognizione, ma anche al fine di far decidere una domanda risarcitoria conseguente all'annullamento del provvedimento lesivo: in questo caso, però, il giudizio di ottemperanza si svolge nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario. Ciò significa che il giudizio di ottemperanza va proposto come giudizio di ottemperanza, ma che nella sua trattazione si seguirà il rito ordinario. Si tratta di una consistente novità rispetto a quanto la giurisprudenza aveva concluso dopo alcune oscillazioni in merito. La scelta è comprensibile in quanto nel giudizio di ottemperanza i poteri del giudice sono certamente più incisivi rispetto a quelli utilizzabili nel giudizio di cognizione, anche se, allorché si discute del risarcimento del danno, l'onere della prova grava tutto sul ricorrente ed i poteri conclusivi non possono certamente superare il meccanismo di indicazione alle parti di una possibile soluzione transattiva che è comunque previsto. L'utilità per il ricorrente di esperire il giudizio per l'ottemperanza, nel caso in cui la pretesa sia soltanto risarcitoria, è perciò tutto sommato dubbia.

Il giudizio di ottemperanza può essere utilizzato per ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza: ma si tratta di una soluzione che la giurisprudenza aveva già raggiunto.

Il Codice innova anche significativamente per quanto concerne la competenza: ed infatti, nel caso di ottemperanza alle sentenze del giudice ordinario, di giudici speciali per i quali non sia prevista l'ottemperanza, di lodi arbitrali esecutivi, la competenza è del TAR nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di cui è chiesta l'ottemperanza. Si tratta di una innovazione sicuramente da apprezzare, in quanto da un lato elimina uno dei casi in cui il Consiglio di Stato era giudice in unico grado, dall'altro consente di individuare un giudice per l'ottemperanza più prossimo alle parti litiganti.

Ma laddove il Codice innova più profondamente è in ordine al rito. Viene finalmente previsto che il

ricorso per l'ottemperanza debba essere notificato alla pubblica amministrazione e a tutte le altre parti del giudizio definito dalla sentenza o dal lodo della cui ottemperanza si tratta.

La previsione della notificazione fa sì che non vi sia più necessità di previo inoltro della diffida ad adempiere, che diviene, semplicemente, facoltativa: la diffida mantiene una sua utilità, evidentemente, se si ritiene che l'amministrazione possa in qualche misura spontaneamente adeguarsi al giudicato.

Il libro IV, dopo avere regolato il giudizio di ottemperanza, disciplina numerosi altri riti speciali, che raccoglie dalla varia sparsa legislazione in materia.

Nella gran parte dei casi non sono state introdotte novità significative rispetto ai processi collocati nelle varie discipline speciali precedenti, che sono state tutte abrogate, con riproduzione, e talvolta modificazione, della normativa nel Codice.

Va, però, dedicata attenzione innanzitutto alla tutela contro l'inerzia della pubblica amministrazione. La disciplina, che è ricalcata su quella precedente, contiene, però, delle significative innovazioni, perché prevede, innanzitutto, che il giudice debba conoscere di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto: il che significa che, nei casi in cui ciò sia possibile a' sensi del libro I, il giudice deve accertare la fondatezza della pretesa in modo da individuare esattamente quale è il provvedimento che deve essere adottato. Il Codice supera poi l'orientamento giurisprudenziale, per il vero assolutamente criticabile, e fondato su una lettura inesatta della disciplina normativa, in forza del quale non era possibile contestare nel giudizio sul silenzio il provvedimento espresso o un altro atto connesso con l'oggetto della controversia. Il Codice prevede che questa contestazione possa essere effettuata attraverso motivi aggiunti pur stabilendo che, a questo punto, il giudizio prosegue col rito ordinario. E questa è una scelta che, come visto, il Codice segue anche in altre occasioni, evidentemente per la preoccupazione di garantire al massimo il rispetto del contraddittorio.

Lo stesso meccanismo viene introdotto laddove unitamente all'azione nei confronti del silenzio si introduca l'azione per il risarcimento del danno.

Il Codice riproduce, sempre nel libro IV, anche il

Nota:

(12) Al quarto ed al quinto libro è stato dedicato il convegno svoltosi a Napoli il 7 maggio 2010 nell'ambito della stessa iniziativa di cui si è già detto: il resoconto, con le relazioni di A. Clarizia, L. Iannotta, M. A. Sandulli, e gli interventi di E. Folliero e N. Di Modugno, è pubblicato su www.giust.amm.it.

rito speciale, o abbreviato, contenuto nell'art. 23-bis della legge TAR, stabilendo che tutti i termini processuali ordinari sono dimezzati, salvo, in primo grado, quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti e, in appello, quelli per l'impugnazione della ordinanza cautelare. Per quanto concerne, perciò, l'appello nei confronti della sentenza, si deve, semplicemente, fare applicazione della dimidiazione, il che significa che l'appello è proponibile entro trenta giorni dalla notificazione della sentenza ed entro tre mesi dalla pubblicazione nel caso di mancanza di comunicazione.

Quanto al rito, il Codice ha semplificato il procedimento, non prevedendo più il termine per il deposito delle memorie e dei documenti, in vista dell'udienza, a far data dall'ordinanza che provvede sulla domanda cautelare; il termine, in questo caso, infatti, non è fissato, e, di conseguenza, deve ritenersi un termine ordinario, sia pure dimidiato. La pubblicazione del dispositivo non è più obbligatoria, ma può essere richiesta dalle parti, con dichiarazione attestata nel verbale d'udienza: il Codice ha preso atto, nella sostanza, del fatto che la giurisprudenza amministrativa si era orientata in modo molto variegato in merito, talvolta pubblicando il dispositivo tal'altra no.

Per quanto concerne l'impugnazione del dispositivo, è confermata la disciplina precedente, salva una modificazione quanto al termine nel caso in cui la sentenza non venga notificata: in questo caso, infatti, il termine non è di centoventi giorni dalla comunicazione della sentenza ma di tre mesi dalla pubblicazione della sentenza.

Il Codice ha poi proceduto a un riordino ben più consistente della disciplina prevista per i ricorsi in materia di aggiudicazione di contratti della pubblica amministrazione. Questa disciplina, contenuta nel D.Lgs. n. 53 del 2010 (13), è stata integralmente ripresa nel Codice, ma ricondotta al regime dei riti speciali di cui all'ex art. 23-bis. Ciò ha comportato una significativa semplificazione, con l'eliminazione di tutta quella regolamentazione in ordine alla costituzione delle parti, ai termini brevi per il deposito del ricorso incidentale, dei motivi aggiunti, eccetera, che aveva creato tanti problemi applicativi per l'evidente difetto di coordinamento. A sensi del Codice, infatti, ferma restando la disciplina contenuta già nel D.Lgs. n. 53 del 2010 per l'impugnazione, e per la necessità che gli atti della procedura siano impugnati con i motivi aggiunti, per tutto il resto si fa semplicemente rinvio alla disciplina con-

tenuta nell'ex art. 23-bis, così come semplificato dal Codice.

Sempre per quanto concerne il D.Lgs. n. 53 del 2010, il Codice contiene anche una significativa precisazione per ciò che concerne l'applicazione delle sanzioni alternative: le sanzioni vanno applicate nel rispetto del principio del contraddittorio, il che significa che il giudice dovrà, inevitabilmente, sottoporre alle parti le sue valutazioni in merito prima di procedere all'applicazione delle sanzioni.

Il Codice contiene, poi, anche la disciplina del contenzioso elettorale.

Si tratta di disciplina che è tendenzialmente ricalcata su quella già esistente, non avendo il Codice ritenuto di introdurre una disciplina per quanto concerne il contenzioso sulle elezioni politiche, che pure era previsto nella legge delega: ma non si può dar torto al Codice per questa scelta, in considerazione delle conseguenze che la possibilità di ricorrere al giudice amministrativo nei confronti degli altri procedimenti elettorali ha provocato nei tempi più recenti.

Piuttosto, il Codice ha introdotto un rito speciale, con termini brevissimi (il ricorso deve essere proposto entro tre giorni e deve essere deciso entro tre giorni, la sentenza deve essere pubblicata in giornata e l'appello va proposto entro due giorni), per quanto concerne l'esclusione delle liste dal procedimento preparatorio per le elezioni comunali, provinciali e regionali. Nella bozza originaria, il rito era previsto sia nei confronti dei provvedimenti di esclusione che dei provvedimenti di ammissione. È stato poi limitato ai provvedimenti di esclusione, in considerazione del fatto che, in questo caso, si poteva immaginare una maggiore preparazione del soggetto ricorrente in ordine alla problematica in esame e quindi una maggiore idoneità del termine brevissimo per ricorrere rispetto alle esigenze di tutela del diritto di difesa; nel caso, viceversa, di impugnazione di provvedimenti di ammissione, da taluno si è ritenuto che i termini a difesa fossero troppo brevi.

Così facendo, peraltro, il Codice si è posto in rotta di collisione, senza saperlo, con la sentenza pronunciata dalla Corte Costituzionale il 7 luglio 2010, n. 236, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della precedente disciplina del contenzioso elettorale «nella parte in cui esclude la possibilità di un'autonoma impugnativa degli atti del procedimento

Nota:

(13) Illustrata, in questa *Rivista*, da A. Bartolini, S. Fantini, F. Figorilli, *retro*, 638 e da P. Cerbo, *retro*, 881.

preparatorio alle elezioni, ancorché immediatamente lesivi, anteriormente alla proclamazione degli eletti». Il Codice, infatti, espressamente esclude la possibilità di impugnazione anticipata degli atti del procedimento elettorale preparatorio che non siano i provvedimenti di esclusione (il Codice è stato pubblicato lo stesso giorno in cui è stata pubblicata la sentenza della Corte Costituzionale).

Se è così, il Codice è riuscito nell'intento, sino ad ora mai da nessuno raggiunto, di essere costituzionalmente illegittimo nel momento stesso in cui viene pubblicato.

Il quinto libro: le norme finali

Il libro V è intitolato, genericamente, alle «Norme finali».

Si tratta di un libro molto breve, che individua, con disposizioni che vorrebbero essere riassuntive, le materie di giurisdizione esclusiva, le materie di giurisdizione estesa al merito e le materie di competenza funzionale inderogabile del TAR Lazio, sede

di Roma. Si tratta di un testo che, peraltro, sul punto particolarmente complesso, e che è stato frutto di numerosi ritocchi in sede di elaborazione del Codice, soprattutto per quanto concerne la giurisdizione anche in merito, al fine di riprendervi, per esempio, la giurisdizione nei confronti di provvedimenti contingibili e urgenti del Sindaco oppure nei confronti dei provvedimenti di nullaosta cinematografico.

Il Codice chiude con brevissime disposizioni di attuazione e brevissime norme transitorie (anche perché il Codice è di applicazione immediata a partire dal 16 settembre 2010) e con l'elenco delle abrogazioni, molto ampie ed articolate, a dimostrazione del fatto che il nuovo testo vuole proprio essere il testo definitivo per il processo amministrativo (14).

Nota:

(14) La serie dei convegni dedicati al nuovo codice si è conclusa a Torino il 21 maggio 2010: il resoconto delle relazioni e degli interventi è pubblicato su www.giust.amm.it.

LIBRI

Collana **Società e Mercati finanziari**

La disciplina italiana in tema di abusi di mercato

di Stefano Galli



Il volume, inserito nella nuova collana "Società e Mercati finanziari" analizza la disciplina nazionale, non solo legislativa, relativa agli abusi di mercato introdotta con la **legge n. 62/2000**, di riforma del c.d. Testo Unico della Intermediazione Finanziaria (d.lgs. n. 58/1998) e poi più volte modificata.

L'opera fornisce preliminarmente: un panorama storico internazionale delle pratiche di **insider trading** e di **market manipulation** e della loro repressione; una analisi della normativa europea sui **market abuse** da cui deriva quella italiana; qualche riflessione sul tema della scelta del tipo di normativa adottabile nel diritto interno.

Particolare attenzione, inoltre, è rivolta: alla responsabilità per i **danni derivati dalle condotte sanzionate**; alla possibilità di una **tutela** anche di matrice **civiltistica**; alla **responsabilità degli enti** e alla **giurisprudenza** conseguente alla normativa vigente, con specifica attenzione alla posizione della **CONSOB** nel processo.

Codice: 110205
Ipsoa 2010, pagg. 464, € 47,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- <http://ipshop.ipsoa.it>