

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 23/12/2014

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/36753-sistema-a-diritto-amministrativo-e-autonomia-del-processo>

Autore: Cito Monica

Sistema a diritto amministrativo e autonomia del processo

Sistema a diritto amministrativo e autonomia del processo

1. Lesione di interessi legittimi e responsabilità civile

La sentenza della Cassazione, Sezioni Unite, 22 luglio 1999, n. 500, salutata come pronuncia storica e rivoluzionaria dai primi commentatori, rappresenta una tappa di fondamentale importanza nell'evoluzione dell'ordinamento italiano, incidendo su alcuni capisaldi del sistema, risalenti alla fine del secolo scorso.

La massima della sentenza indica con chiarezza il nuovo principio di diritto, in presenza di un atto illegittimo della Pubblica Amministrazione (d'ora innanzi PA) – posto in essere con dolo o colpa – che causi un danno ingiusto, diretta conseguenza del provvedimento, il suo destinatario ha diritto al risarcimento dei danni, anche se titolare non di un diritto soggettivo ma di un interesse giuridicamente rilevante (diverso dalla mera aspettativa).

Ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana, non assume rilievo la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, essendo la tutela risarcitoria assicurata esclusivamente in relazione all'ingiustizia del danno.

La relativa controversia, ove non riguardi materia devoluta per legge alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi, è di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria. La quale può pronunciarsi sulla domanda senza attendere l'esito del giudizio di annullamento dell'atto, di competenza della giurisdizione amministrativa di legittimità.

Il punto centrale della sentenza è costituito da una nuova lettura dell'articolo 2043 c.c.

Secondo la tradizionale interpretazione della norma, determina «danno ingiusto» soltanto la lesione di un diritto soggettivo; il fatto produttivo del danno dev'essere *non iure* (non giustificato dall'ordinamento giuridico) e *contra ius*, nel senso che il fatto (*rectius*: atto), deve ledere una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall'ordinamento nella forma del diritto soggettivo.

I giudici riassumono decenni di evoluzione della materia della responsabilità civile, al fine di mettere in luce come il sistema, accolto nel codice, si fosse andato modificando, o avesse addirittura vacillato a seguito di importanti innovazioni di fonte giurisprudenziale e legislativa, prima fra tutte quella, risalente all'inizio degli anni Settanta, attinente alla risarcibilità del danno conseguente alla lesione di diritti soggettivi relativi.

Si ricorda il riconoscimento della risarcibilità «di varie posizioni giuridiche, che del diritto soggettivo non avevano la consistenza, ma che la giurisprudenza di volta in volta eleva alla dignità di diritto soggettivo», come nel caso del diritto all'integrità del patrimonio o alla libera determinazione negoziale.

Mediante tale evoluzione giurisprudenziale – si osserva nella sentenza, che in tal senso condivide una critica dottrinale –, la Suprema Corte, pur riaffermando il principio dell'identificazione del danno ingiusto con la lesione del diritto soggettivo, in pratica lo disattendeva sempre più spesso, «mascherando» da diritto soggettivo situazioni che non avevano tale consistenza. In tal modo, la Corte pone le basi per l'affermazione secondo cui, tra gli interessi tutelati, rientrano anche gli interessi legittimi, la cui violazione determina la risarcibilità del danno subito dal privato.

La problematica, richiamata nella prima parte della sentenza, concerne la necessità della ricorrenza di una situazione giuridica soggettiva qualificabile come diritto soggettivo, perché sia possibile il ricorso alle norme sulla responsabilità civile in caso di sua violazione.

La questione si è posta soprattutto con riferimento ai diritti della personalità ed il dibattito, sviluppatosi in una prima fase soprattutto nella dottrina francese, riguardava appunto la necessità di configurare un diritto soggettivo, avente ad oggetto di volta in volta i diversi aspetti della personalità, perché fosse possibile agire in giudizio per la lesione degli interessi che s'intendevano tutelare.

L'argomento che da parte di alcuni autori era considerato decisivo per il rifiuto della costruzione in termini di diritto soggettivo, si basa sull'ampia formulazione della norma del *Code civil* in tema di responsabilità civile, tale da consentire il risarcimento anche nelle ipotesi in cui non si ledono diritti soggettivi.

La norma generale sulla responsabilità civile, presente nel nostro ordinamento, certamente non meno comprensiva della corrispondente disposizione del codice civile da cui trae origine,

ha indotto in passato parte della dottrina a ritenere superflua la configurazione del diritto soggettivo.

Presupposto per l'applicazione dell'articolo 2043, secondo tali ricostruzioni, non è soltanto la lesione di un diritto soggettivo; e «danno ingiusto» può avversi anche a seguito della lesione di altri interessi, giudicati meritevoli di protezione pur se non qualificati dall'ordinamento come diritti soggettivi.

Per molto tempo, la giurisprudenza ha seguito l'orientamento opposto, che favorisce il «riconoscimento» di nuovi diritti soggettivi, in base all'evoluzione dell'ordinamento giuridico e soprattutto alle esigenze di tutela della persona umana.

Non si è trattato, come si legge nella sentenza, di «mascherare» da diritti soggettivi meri interessi perché, a prescindere dalla nozione di diritto soggettivo che si ritiene preferibile, non si dubita che la figura del diritto soggettivo rappresenta uno strumento di tutela di interessi, che presuppone una scelta – e la corrispondente qualifica – da parte dell'ordinamento.

Un primo rilievo da muovere al ragionamento della Corte consiste nell'aver posto sullo stesso piano interessi non esplicitamente riconosciuti come diritti soggettivi dalla legge, ma comunque tutelati dall'ordinamento in un determinato momento storico, con la conseguenza che (correttamente) la giurisprudenza ha adottato quella qualifica; ed interessi presi espressamente in considerazione dalla legge, ma tutelati mediante una diversa tecnica, se si vuole indirettamente, in quanto collegati ad un interesse pubblico.

L'evoluzione, descritta dalla sentenza in esame – che ha condotto ad un progressivo aumento dei diritti soggettivi, soprattutto al fine di tutelare aspetti emergenti della personalità – ha quindi ben poco in comune con la problematica degli interessi legittimi.

Nel primo caso, la giurisprudenza ha svolto una funzione di supplenza, perché, nel silenzio del legislatore, ha comunque recepito nel tessuto normativo vigente la base per configurare (nuovi) diritti soggettivi; nel secondo caso si tratta di modificare (sia pure seguendo un generale iter legislativo) una tradizionale qualificazione di interessi protetti, a suo tempo fissati dal legislatore.

I giudici della Cassazione hanno ritenuto di dover accogliere la tesi, da tempo prospettata in dottrina, secondo cui l'articolo 2043 c.c. non costituisce norma secondaria (di sanzione) rispetto a norme primarie (di divieto), ma contiene una clausola generale – definita «primaria» – espressa dalla formula «danno ingiusto».

Si afferma che, in virtù di tale formula, «è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, in quanto lesivo di interessi ai quali l'ordinamento, prendendoli in considerazione sotto vari profili (esulanti dalle tematiche del risarcimento), attribuisce rilevanza». Poiché dal tenore letterale dell'articolo 2043 c.c. non emerge che oggetto della tutela risarcitoria sia esclusivamente il diritto soggettivo, ricorre danno arrecato *non iure* ogni qualvolta si riscontri la lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento.

Ne consegue che la norma sulla responsabilità aquiliana non è norma (secondaria), volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme (primarie), bensì norma (primaria) volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui.

La tutela risarcitoria sarebbe assicurata «solo in relazione all'ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante». Si precisa: non è possibile stabilire a priori quali siano gli interessi meritevoli di tutela, perché caratteristica del fatto illecito delineato dall'articolo 2043 c.c. – inteso come norma primaria di protezione – è la sua atipicità.

Pertanto, spetta al giudice procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, poiché solo la lesione di un interesse siffatto può dare luogo ad un danno ingiusto, ed a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto.

2. La comparazione degli interessi in conflitto e la sentenza 500 della Cassazione alla luce della corrente lettura data all'articolo 2043 c.c.

La composizione degli interessi in conflitto deve essere svolta alla stregua del diritto positivo «al fine di accertare se, e con quale consistenza ed intensità, l'ordinamento assicura tutela all'interesse danneggiato». Deve essere considerato ingiusto «il danno che l'ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima, ma che va trasferito sull'autore del danno,

in quanto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, quale che sia la loro qualificazione formale, ed in particolare senza che assuma rilievo determinante la loro qualificazione in termini di diritto soggettivo».

Cosicché, risulterebbe «superata in radice, per il venir meno del suo presupposto formale», la tesi che nega la risarcibilità degli interessi legittimi quale corollario della tradizionale interpretazione dell'articolo 2043 c.c.

Il civilista, aduso a riflettere sulle problematiche della responsabilità civile, prende atto altresì della «corretta» lettura da dare alla norma del succitato articolo, qualificata come «norma primaria di protezione» e «clausola generale», e soprattutto della dichiarata intenzione della Corte di procedere a riconsiderare la tradizionale interpretazione del concetto di «danno ingiusto».

La nuova interpretazione conduce a ritenere danno ingiusto non soltanto quello conseguente alla violazione di diritti soggettivi, ma anche quello che deriva dalla lesione di interessi legittimi.

Seguono alcune delle affermazioni di carattere sistematico contenute nella sentenza:

- a) L'articolo 2043 conterrebbe «una clausola generale, espressa dalla formula *danno ingiusto* [corsivo mio]. La qualificazione della norma in esame come clausola generale non è nuova, ma la ragione di tale caratteristica deve essere anzitutto ravvisata nella formulazione iniziale dell'articolo: *qualunque fatto colposo o doloso* [corsivo mio]».
- b) I giudici si sforzano di offrire un'interpretazione del diritto nazionale vigente in linea con il diritto comunitario. Si ricorda al riguardo: il diritto comunitario non conosce la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi; e s'indica pertanto una via adeguata per conformare l'ordinamento interno a quello comunitario. Stupisce che buona parte del ragionamento dei giudici e della motivazione della sentenza si basi sul concetto di danno ingiusto. Infatti, a prescindere dal fatto che non discende, da questa formula, l'atipicità del sistema di illecito, il concetto di danno ingiusto non si rinvie nel diritto comunitario. Tale estraneità è dovuta all'assenza della formula nelle codificazioni europee, tra cui il *Code civil*, dal quale in gran parte deriva il nostro codice civile. Il *Code civil* unitario sarà architrave destinato a sorreggere *pro futuro* i meccanismi dell'economia liberale e dello Stato di diritto. La formula del danno ingiusto era conosciuta perfino nel codice civile del 1865, e venne inserita nel codice vigente senz'alcun intento di innovare il sistema. «*Perché il fatto colposo o doloso sia fonte di responsabilità occorre che esso produca un ingiusto danno.* [corsivo mio]. Si precisa così, conferendo maggior chiarezza alla norma dell'articolo 1151 c.c. del 1865, che la *culpa* e l'*iniuria* sono concetti distinti, e quindi si esige che il fatto o l'omissione, per essere fonte di responsabilità, debba essere doloso o colposo, ossia imputabile, e debba inoltre essere compiuto mediante la lesione della sfera giuridica altrui» (Relazione al codice civile). Risultato: il danno deve considerarsi ingiusto quando lede la sfera giuridica altrui: «conto» a cui certamente si perviene anche sotto la vigenza del codice del 1865, e per questo si parla soltanto di una precisazione e non di un'innovazione.
- c) Posto che l'atipicità del sistema dell'illecito civile non deriva e non dipende dalla formula del danno ingiusto, e che ad essa non può essere attribuito un rilievo decisivo nell'interpretazione della norma sulla responsabilità civile, occorre cercare di fare chiarezza anche con riferimento ad altre affermazioni contenute nella sentenza in esame. Secondo i giudici, il danno dev'essere considerato *contra ius* non soltanto quando deriva dalla violazione di un diritto soggettivo, ma altresì quando «si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento». **In questa sede, non sembra necessario soffermarsi sulla questione relativa alla natura, primaria o secondaria, della norma di cui all'articolo 2043 c.c., bensì rilevare che la soluzione di detta questione non può comunque farsi dipendere dall'ampliamento del tipo di posizioni soggettive tutelate.** Quando si afferma che è risarcibile anche il danno «che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento», non si prescinde comunque da una norma che (direttamente o indirettamente) tutela quell'interesse e consente pertanto di considerarlo «rilevante per l'ordinamento». **Non può incidere sulla natura della norma in tema di responsabilità civile il fatto che essa risulti applicabile**

non soltanto per la tutela di interessi qualificati come diritti soggettivi, ma anche per la tutela di altri interessi, se comunque tali interessi sono (né potrebbe essere altrimenti) presi in considerazione dalla legge. Altra considerazione (ma anche questo aspetto non può essere approfondito all'interno del presente soggetto) riguarda la configurabilità – a prescindere dagli interessi legittimi e dagli interessi diffusi – di interessi, attinenti al soggetto di diritto, rilevanti per l'ordinamento ma che non sarebbero qualificabili come diritto soggettivo. Nella sentenza, quest'affermazione viene ribadita in diverse occasioni, ma – posto che, di solito, anche quando ricorre certamente la figura del diritto soggettivo, la legge non adopera questa qualifica – occorre chiedersi se sia corretto moltiplicare i tipi di figure soggettive, configurando l'esistenza «di varie posizioni giuridiche», prive della "consistenza" del diritto soggettivo, piuttosto che riscontrare l'evoluzione dell'ordinamento giuridico, il quale tende ad ampliare il catalogo dei diritti soggettivi in modo da garantire una tutela adeguata degli interessi della persona nei vari momenti storici. Quanto detto viene colto, per certi versi, dalla sentenza in esame quando parla di varie posizioni giuridiche «che la giurisprudenza di volta in volta eleva alla dignità del diritto soggettivo». Invero: la giurisprudenza può/deve individuare, elevandole alla dignità del diritto soggettivo, quelle posizioni giuridiche che l'ordinamento (anche se non una norma determinata) nei vari momenti storici riconosce come diritti soggettivi. Così facendo, la giurisprudenza non "maschera" da diritto soggettivo situazioni che non presentano le necessarie caratteristiche, e svolge adeguatamente la sua funzione più alta: quella di leggere il sistema evolutivamente, conformemente ai principi della Costituzione ed alle linee generali dell'ordinamento giuridico.

d) L'espressione *contra ius* è stata valutata dalla giurisprudenza della Cassazione nel senso che il fatto debba ledere una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall'ordinamento giuridico nella forma del diritto soggettivo. Il termine *ius* è pertanto stato inteso come diritto soggettivo. Da qui deriva l'identificazione del danno ingiusto con la lesione di un diritto soggettivo, ed il "salto" che la sentenza in esame avrebbe compiuto considerando *contra ius* anche violazioni di posizioni soggettive non tutelate mediante la figura del diritto soggettivo. Un'indubbia semplificazione del ragionamento deriverebbe da una spiegazione dell'espressione *contra ius* non in termini di contrarietà al diritto soggettivo, bensì al diritto oggettivo. Risulterebbe allora evidente che determina il diritto al risarcimento del danno ogni violazione di posizioni giuridiche tutelate dal diritto, qualunque sia la qualifica data agli interessi protetti.

3. Il processo amministrativo

Il processo amministrativo veniva originariamente configurato come giudizio essenzialmente cassatorio, caratterizzato da azioni constitutive di annullamento, idonee sì ad assicurare l'eliminazione dell'atto impugnato, ma non sempre capaci di soddisfare l'interesse al bene della vita vantato dal ricorrente.

Alla base di tale configurazione c'è la peculiarità del rapporto tra cittadino e PA, almeno tutte le volte in cui il provvedimento occupa un ruolo centrale nella genesi del rapporto. Quando ciò avviene, l'interesse da garantire al privato non costituisce un a priori assoluto, essendo subordinato a un giudizio di compatibilità del medesimo con un interesse pubblico, interpretato unilateralmente dall'Amministrazione.

4. Strumenti processuali ed effettività della tutela

Lo sforzo della dottrina, dal dopoguerra ad oggi, è stato estendere il più possibile al processo amministrativo principi ed istituti propri del processo civile, ossia di un processo che non riguarda situazioni giuridiche mediate dall'apprezzamento di un potere pubblico, ma tutelate incondizionatamente dalla legge.

Nella consapevolezza che la ricchezza di strumenti processuali disponibili, esplica un ruolo fondamentale ai fini dell'effettività della tutela.

Tanto più ampie e varie sono le domande prospettabili al giudice, tanto maggiore è la probabilità che il cittadino possa ottenere delle risposte appropriate alla sua domanda di giustizia.

Il processo civile, più del processo amministrativo in senso classicamente inteso, costituisce da sempre il terreno in cui l'anzidetto pluralismo si realizza con pienezza. Il legislatore è venuto progressivamente incontro a tali istanze, dapprima con frammentarie discipline normative in tema di tutela risarcitoria, silenzio, danno da ritardo; recentemente in modo più organico col codice del processo amministrativo. Che non solo ha superato la tradizionale tutela impugnatoria, con il formale riconoscimento di altre tipologie d'azione, ma ha anche legittimato il giudice amministrativo a disporre misure atipiche per assicurare in concreto la più efficace tutela dell'interessato, orientando il sistema al principio costituzionale dell'effettività, che diviene stella polare dell'intera giustizia amministrativa.

5. Giurisdizione amministrativa e principio di effettività

L'articolo 7 del codice di procedura amministrativa (d'ora innanzi c.p.a.), dedicato alla giurisdizione amministrativa, riveste un rilievo fondamentale, che va ben oltre le tradizionali partizioni di tale giurisdizione: indica caratteri fondamentali e limiti della giurisdizione amministrativa, le situazioni soggettive che dinanzi ad essa possono esser fatte valere, le tutele esperibili, le manifestazioni dell'esercizio del potere pubblico sindacabili ed i soggetti che, ai fini del codice, sono considerati amministrazioni pubbliche. Contiene un riferimento esplicito al principio di effettività, enunciato dall'articolo 1 c.p.a.

Tale principio trova realizzazione nel processo amministrativo, attraverso la concentrazione presso il giudice amministrativo, nei limiti della sua giurisdizione, di tutte le tutele riguardanti le situazioni soggettive, la cui lesione dinanzi al medesimo giudice può essere fatta valere. Precisa, in termini generali, quali controversie sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, indicando sia le controversie ad essa riferibili in via generale, sia le diverse manifestazioni del potere pubblico che possano costituire oggetto di sindacato giurisdizionale.

La partizione tradizionale di quella amministrativa in giurisdizione di legittimità, di merito ed esclusiva è logicamente successiva all'indicazione dei connotati unitari dell'intera competenza giurisdizionale del giudice amministrativo.

Si tratta di un'impostazione coerente con quella della Corte Costituzionale, che vede in quello amministrativo il giudice naturale della legittimità della funzione pubblica e con quella della Cassazione che, dopo il riconoscimento della legittimità dell'attribuzione del potere risarcitorio al giudice amministrativo, vede realizzata una giurisdizione piena del giudice della funzione pubblica, in nome dell'effettività della tutela dei diritti e degli interessi.

Peraltro, la disposizione ex articolo 7, comma 1 c.p.a. richiama in modo palese la formulazione dell'articolo 103, comma 1 Cost. Quasi a sottolineare che essa non contiene (né avrebbe potuto) alcuna modifica di giurisdizione configurato dalla Carta costituzionale.

6. L'oggetto della giurisdizione amministrativa

Tuttavia, si deve sottolineare che, se l'articolo 7 comma 1, nella sua prima parte, contiene un riferimento esplicito alle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi e di interessi legittimi, la stessa norma, nella seconda parte, indica l'oggetto specifico della giurisdizione amministrativa nell'esercizio del potere amministrativo.

L'analisi delle situazioni soggettive non può essere effettuata al di fuori dell'analisi del potere e delle sue modalità d'esercizio.

7. Le modalità di manifestazione del potere pubblico sindacabili dal giudice

Poi, la disposizione in esame contiene alcune importanti indicazioni sulle modalità di manifestazione del potere pubblico sottoposto al sindacato del giudice amministrativo.

Il riferimento espresso al mancato esercizio del potere pubblico rende palese che anche il silenzio e l'inerzia dell'amministrazione costituiscono manifestazioni di esso, come tali sindacabili in sede giurisdizionale.

Quanto ai provvedimenti/accordi/comportamenti, la disposizione chiarisce che sono tutti manifestazioni del potere. Però, i comportamenti – scusate la tautologia necessaria di cui andiamo scrivendo –, per essere considerati manifestazioni del potere, devono essere collegati, anche in via mediata, al suo potere. Così, vengono ricondotte alla giustizia amministrativa tutte quelle controversie in tema di occupazione d'immobili per la realizzazione di opere pubbliche nelle quali il comportamento dell'amministrazione, volto a conseguire la materiale disponibilità del bene, appaia comunque collegato ad atti che evidenziano l'esercizio di un pubblico potere: ad esempio, la dichiarazione di pubblica utilità, indefettibilità ed urgenza delle opere.

8. Le questioni pregiudiziali e la causa pregiudiziale

Le disposizioni di cui all'articolo 8 c.p.a. costituiscono applicazione del più generale principio di diritto processuale, alla stregua del quale il giudice adito può risolvere, in via incidentale e senza efficacia di giudicato, le questioni pregiudiziali, la cui soluzione sia necessaria per pronunciarsi sulla questione principale.

La questione pregiudiziale in tema di diritto deve riguardare un profilo contestato, la cui soluzione sia necessaria per la definizione della questione principale, per la quale non risulti pendente una controversia dinanzi al giudice ordinario dotato di giurisdizione. In tal caso, si è di fronte ad una causa pregiudiziale: una controversia riguardante proprio la questione di diritto pregiudiziale per la soluzione della *quæstio* principale. In tale ipotesi: il giudice amministrativo sospende immediatamente il giudizio ed attende la definizione della causa pregiudiziale.

Per l'accertamento in via incidentale di un diritto, il giudice amministrativo può procedere esclusivamente alla considerazione del contenuto oggettivo degli atti che del diritto siano costitutivi/ricognitivi. Non può valutare fatti/atti modificativi delle situazioni giuridiche come: usucapioni, prescrizioni, manifestazioni di volontà negoziale. Una situazione del genere si risolverebbe in una vera e propria tutela del diritto, espressamente riservata al giudice ordinario.

Le questioni attinenti a diritti che vengano in considerazione allo scopo di verificare l'interesse al ricorso, possono essere risolte in via incidentale dal giudice amministrativo. Mentre devono essere considerate questioni incidentali quelle relative alla natura demaniale del bene, sempre che le stesse si pongano non come questione che costituisce l'oggetto stesso della controversia (che, in tal caso, dovrebbe rientrare nella competenza del giudice ordinario), ma come semplice presupposto per verificare la legittimità di un provvedimento amministrativo collegato alla situazione di demaniale del bene.

9. Il processo amministrativo oggi

Coerentemente con tale impostazione, lo schema preliminare del codice del processo amministrativo, redatto da apposita commissione del Consiglio di Stato, aveva delineato un ampio ventaglio di azioni ammissibili: di annullamento, di condanna, di accertamento, di adempimento, cautelari ed esecutive.

Nel testo definitivo, detto elemento risulta ridimensionato. Ciò non cambia tuttavia la sostanza delle cose, perché le azioni cautelari ed esecutive sono state estrapolate dall'elenco, per ragioni essenzialmente sistematiche, essendo ora collocate rispettivamente nel libro II, titolo III e nel libro IV, titolo I.

Mentre si è cercato di potenziare le esigenze di effettività e immediatezza di tutela attraverso una serie di misure che tendono, nel loro insieme, a vincolare più efficacemente l'amministrazione alle situazioni del giudice, senza tuttavia trasformare quest'ultimo in amministratore.

Ciò che contraddistingue il processo amministrativo di oggi è la maggior duttilità degli strumenti processuali sia sul versante delle azioni che su quello dei poteri del giudice.

È consentito, nello stesso giudizio, il cumulo di domande connesse, proposte in via principale o incidentale; la conversione delle azioni; la possibilità, da parte del giudice, di convertire un'azione di annullamento in azione di accertamento, quando l'interessato non abbia più interesse alla rimozione dell'atto.

L'anzidetta duttilità di strumenti oggi azionabili nel processo amministrativo, presenta particolare evidenza nel contenzioso sugli appalti.

10. Il carattere di maggiore esaustività del processo amministrativo

Un'esigenza da tempo avvertita, è quella di attribuire al processo amministrativo un carattere di maggiore esaustività, in modo da poter eliminare lo stato di precarietà in cui il ricorrente, risultato vincitore, continua a trovarsi rispetto ad un'azione amministrativa ulteriore, non adeguatamente canalizzata da sentenze di tipo cassatorio.

Il problema più delineato attiene alle modalità attraverso le quali si possa incidere sull'amministrazione, senza trasformare il giudice in "amministratore".

Tale problema è stato affrontato progressivamente, spostando il baricentro del giudizio amministrativo dall'astratta questione di legittimità dell'atto al bene della vita. In questa direzione, sia le tesi che ravvisano l'oggetto del giudizio amministrativo nell'interesse legittimo, inteso come posizione giuridica soggettiva ancorata a un bene della vita; sia quelle più complesse costituzioni che individuano tale oggetto nel rapporto controverso.

Tale più solido ancoraggio del giudizio amministrativo con la posizione sostanziale (effettivo oggetto della controversia), è servito certamente a farlo evolvere in senso più garantistico, avendo contribuito a valorizzare progressivamente il peso dei motivi addotti dal ricorrente e l'effetto conformativo della sentenza (il vincolo del giudicato amministrativo nei confronti dell'attività amministrativa successiva all'annullamento).

Tuttavia, ciò non ha consentito al giudizio di vedersi conferito quel carattere di esaustività, spesso invocato: un certo margine di discrezionalità non viene solitamente eliminato dai vincoli che, attraverso l'esame dei motivi, possono essere imposti dalla sentenza all'azione della PA.

Inoltre, il Codice del processo cerca faticosamente di andare oltre l'effetto conformativo della sentenza (ricavabile essenzialmente dai motivi), attribuendo espressamente al giudice della cognizione una serie di poteri che prima non aveva:

- 1) il potere di condannare la PA ad adottare «tutte le misure idonee a tutelare la posizione giuridica soggettiva dedotta in giudizio»;
- 2) il potere di disporre «le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato», inclusa la nomina di un commissario *ad acta* per sostituirsi, all'occorrenza, all'amministrazione nel caso di scadenza del termine assegnato dal giudice per l'ottemperanza.

È ora consentito a priori d'esplicitare gli effetti conformativi e ripristinatori, da cui discende la regola del rapporto e non più a posteriori, in sede di scrutinio della condotta tenuta dall'amministrazione dopo la sentenza di annullamento, concentrando in un solo episodio giurisdizionale tutta quell'attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere contemplata in sede di ottemperanza.

11. L'introduzione delle azioni di condanna nel processo amministrativo

L'introduzione delle azioni di condanna nel processo amministrativo è frutto di una vicenda complessa e contrastata, che ha preso forma per tappe successive.

Originariamente, le uniche azioni di condanna ritenute compatibili col sistema, erano le domande di condanna alle spese ex articolo 68 del Regolamento di procedura del Consiglio di Stato. L'esigenza di un'estensione delle medesime cominciò ad avvertirsi concretamente quando il Consiglio di Stato, per effetto della riforma del 1923, fu investito di giurisdizione esclusiva su intere materie caratterizzate dalla presenza non solo di interessi legittimi (ritenuti per lungo tempo non risarcibili), ma anche di diritti soggettivi.

Tale esigenza, tuttavia, non trovò immediato riscontro sul piano legislativo, poiché la normativa originaria (Regio decreto 2480/1923) riservò espressamente all'autorità giudiziaria ordinaria «le questioni attinenti a diritti patrimoniali consequenziali alla pronuncia di legittimità dell'atto o provvedimento cui si ricorre». L'interpretazione iniziale della norma fu nel senso di

escludere qualsiasi ingerenza di tale giudice in ordine alle questioni patrimoniali derivanti dalla controversia, limitando così il ruolo del giudice amministrativo, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, al solo annullamento dell'atto.

Sul piano legislativo, per molti anni la situazione rimase cristallizzata alla normativa del 1923 e alle relative interpretazioni giurisprudenziali.

Un'apertura avvenne solo nel 1971 con l'articolo 26, comma 3, legge TAR, che così stabiliva: «il tribunale amministrativo regionale [TAR appunto] nella materia relativa a diritti attribuiti alla sua competenza esclusiva e di merito, può condannare l'amministrazione al pagamento delle somme, di cui risulta debitrice», salva tuttavia la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria: sia per le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi in tema di concessione di beni e servizi pubblici (per quanto materia di competenza esclusiva), sia per quelle tipicamente risarcitorie «attinenti a diritti patrimoniali consequenziali alla pronuncia di illegittimità dell'atto o provvedimento contro cui si ricorre», tradizionalmente riservato al giudice ordinario.

Un ulteriore passo avanti fu compiuto più tardi con le novelle introdotte alla legge TAR dall'articolo 35, decreto legislativo 80/1998 e dall'articolo 7, legge 205/2000, che attribuiscono per la prima volta al giudice amministrativo competenza sui diritti patrimoniali consequenziali: sulle questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, sino ad allora riservate al giudice ordinario per il carattere essenzialmente risarcitorio delle relative controversie.

L'ampliamento delle azioni e dei poteri del giudice amministrativo, in questo campo, è stato certamente consequenziale alla storica sentenza Cass. SS. UU. 500/1999, la quale – superando un indirizzo giurisprudenziale ultra secolare – ha riconosciuto la potenziale risarcibilità di tutti gli interessi legittimi (anche di quelli di tipo pretensivo).

L'introduzione di una più vasta tipologia di azioni di condanna voleva perseguire essenzialmente un'esigenza di *reductio ad unum*: evitare che il soggetto leso in un interesse legittimo dovesse rivolgersi prima al giudice amministrativo per l'annullamento dell'atto e poi al giudice ordinario per il risarcimento del danno.

12. Il silenzio-rifiuto

Se il ricorso riguarda il silenzio-rifiuto, ossia un silenzio non tipizzato e non avente valore di provvedimento, non si tratta di un rimedio impugnatorio.

Tale ricorso mira piuttosto ad accertare l'illiceità del comportamento dell'amministrazione (per non aver rispettato il termine previsto per la conclusione del procedimento) e ad ottenere la condanna della stessa a provvedere entro un termine assegnato dal giudice.

In caso di accoglimento del ricorso, il giudice dichiara con sentenza l'illecito; condanna l'amministrazione ad emettere entro un certo termine il provvedimento; nomina un commissario *ad acta*, abilitandolo immediatamente ad intervenire in via sostitutiva in caso di ulteriore inadempienza dell'amministrazione.

13. Provvedimento vincolato

Nel caso di provvedimento vincolato, non caratterizzato da profili di discrezionalità, l'interessato può chiedere ed ottenere direttamente dal giudice l'accertamento della spettanza del bene della vita cui aspira: l'amministrazione è tenuta all'adozione di un provvedimento, il cui contenuto è già delineato dalla sentenza di accoglimento del ricorso.

Deve aggiungersi che la casistica sembra mostrare un atteggiamento di estrema prudenza da parte dei giudici ad emettere direttamente il provvedimento; giustificata non solo dalle difficoltà di distinguere nel caso pratico tra atti vincolati e discrezionali, ma anche dal fatto che non sempre atti, ritenuti privi di discrezionalità, presentano, al momento dell'emanazione, quel profilo di automaticità che a prima vista sembrerebbe caratterizzarli.

14. Il contenzioso sul silenzio della Pubblica Amministrazione

Rimane specifico del giudizio amministrativo il contenzioso sul silenzio della PA, ove il ricorso deve indicare sommariamente le circostanze contestate, con particolare riferimento al comportamento omissivo, e la dimostrazione dell'istanza rivolta all'amministrazione.

Ove il contenzioso riguardi i diritti soggettivi, il riferimento va inevitabilmente alle regole del processo civile; ad iniziare dall'onere di identificare il diritto fatto valere in giudizio.

15. I motivi di ricorso nell'azione di annullamento

Nell'azione di annullamento, i motivi di ricorso si riferiscono alle prospettate illegittimità dell'atto impugnato, secondo la disciplina delle forme d'invalidità degli atti amministrativi, che comportano l'annullabilità, come definita all'articolo 21-octies legge 241/1990, introdotto dalla legge 15/2005.

Con la novella del 2005, il ricorrente ha l'onere di dimostrare che la violazione delle regole formali e procedurali comporta di scostamenti dal parametro normativo tali da influire sostanzialmente sul risultato dell'azione amministrativa. L'articolo 29 c.p.a. esplicita che l'azione di annullamento si propone per violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere.

Nel nostro modello di giudizio amministrativo, la definizione dei motivi è requisito essenziale del ricorso.

16. Il principio della domanda

È il ricorrente che – secondo il principio della domanda, con la necessaria richiesta chiesto-pronunciato – determina l'ambito del giudizio, senza che il giudice possa basare la propria decisione su motivi e circostanze non dedotte dal ricorrente. Ciò è particolarmente rilevante per i motivi di violazione di legge, dato che è onere del ricorrente indicare precisamente il parametro normativo che si pretende violato dall'atto impugnato.

Salvo i casi della possibile eccezione d'incostituzionalità della norma richiamata o di illegittimità comunitaria della norma richiamata a base del provvedimento amministrativo – rilevabile direttamente anche dal giudice, con rinvio rispettivamente alla Corte Costituzionale ed alla Corte di Giustizia –, il giudice non può sostituirsi al ricorrente nell'individuare la violazione di altre norme diverse da quelle richiamate.

17. La piena operatività dell'amministrazione

Il termine di ricorso è perentorio e assai breve.

La motivazione di questa disciplina – simile in tutti gli altri ordinamenti a contenzioso amministrativo, e anche nel diritto europeo per i ricorsi al Tribunale di primo grado e alla Corte di Giustizia – sta nell'esigenza di certezza del diritto, particolarmente forte ove siano in questione provvedimenti amministrativi ed il perseguimento di pubblici interessi.

La presentazione del ricorso giurisdizionale non ha effetto sulla sua efficacia ed esecuzione. Così prevedeva nel 1889 la legge Crispi (n. 5992/1889), istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato. E così è rimasto nel tempo, malgrado che alcune leggi risalenti prevedessero l'effetto sospensivo dei ricorsi avverso i provvedimenti di alcune pubbliche amministrazioni.

È evidente il favore del legislatore per la piena operatività dell'amministrazione ed il perseguimento dell'interesse pubblico. Ma, allo stesso tempo, sin dal 1907 la legge ammetteva espressamente che l'esecuzione del provvedimento impugnato potesse essere sospesa per gravi ragioni con decreto motivato della IV Sezione del Consiglio di Stato, sopra istanza del ricorrente. Su tale base, pur assai sintetica, la giurisprudenza ha sempre riconosciuto che il ricorrente potesse chiedere la sospensione dell'esecuzione dell'atto, adducendo gravi motivi.

Ulteriore confronto è derivato dalla previsione dell'articolo 39, Testo Unico 1054/1924; malgrado che anch'essa fosse di formulazione essenziale.

18. Le misure cautelari

Circa le misure cautelari richiedibili, sino alla riforma del 2000, le uniche disposizioni sulla tutela cautelare consideravano la sospensione degli effetti del provvedimento impugnato.

Si trattava di una disciplina pienamente coerente con i caratteri del processo amministrativo quale giudizio impugnatorio di atti, nell'ambito del quale (non dunque con istanza preliminare alla presentazione del ricorso) l'istanza di sospensione garantiva gli interessati rispetto alla situazione invasiva della loro sfera giuridica, data dai provvedimenti amministrativi restrittivi o capaci di modificare unilateralmente la posizione dei destinatari.

Nell'originaria impostazione, la fase sospensiva era comunque considerata un particolare incidente processuale di applicazione in eccezionali circostanze. Presto la varietà dei rapporti amministrativi aveva posto in luce che, per assicurare un'effettiva tutela cautelare degli interessati, era necessario ammettere istanze che avessero ad oggetto provvedimenti negativi e dell'inerzia dell'amministrazione.

Le misure cautelari che il giudice può concedere sono tanto varie quanto le sue decisioni di merito. Il modello di tutela interinale amministrativa è simile a quello del processo civile, ove per tradizione la tutela è atipica; a dimostrazione dell'avvicinamento del processo amministrativo a quello civile, anche nei casi di processo impugnatorio.

Rimane però una differenza di fondo tra i due processi, dato che nel codice di procedura civile, le misure di cui all'articolo 700 sono residuali: richiedibili quando non siamo possibili i provvedimenti codicistici tipici (come il sequestro o la denuncia di danno temuto); mentre nel processo amministrativo non esistono alternative nominate alle misure atipiche previste.

Una piena equipollenza della tutela cautelare nei due tipi di processo incontra il limite oggettivo del tipo di provvedimento o comportamento che è oggetto di ricorsi amministrativi.

Si tratta di esercizio (o mancato esercizio, nel caso di silenzio dell'amministrazione) di potere amministrativo, normalmente a rilievo pubblicistico, su cui si può intervenire direttamente con misure conservative; ma che rischia di essere alterato se il giudice interviene con misure additive o comunque positive, che possono giungere ad assicurare taluni effetti anticipatori.

Si consideri la differenza tra il caso dell'ordine dell'amministrazione di riconsiderare una richiesta negata di atto di permesso, e quello in cui dalla misura cautelare consegue senz'altro l'effetto altrimenti proprio dell'atto di permesso (ad esempio: l'inizio di una determinata intrapresa). Nel secondo caso, i confini tra giurisdizione ed amministrazione tendono a confondersi pericolosamente; laddove nel processo civile non si pone mai un analogo problema.

L'originaria e tuttora più richiesta misura cautelare è la sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, a valere nei casi di interesse oppositivo, tanto a tutela diretta della sfera del ricorrente (ad esempio: per sospendere un ordine di demolizione di un edificio di sua proprietà), quanto per la sua tutela indiretta (ad esempio: per sospendere un permesso di costruire rilasciato a terzi nei suoi pressi).

Altra categoria sviluppatasi è quella delle misure cautelari sospensive e propulsive, in quanto comportano l'obbligo, per l'amministrazione, di riconsiderare un proprio precedente provvedimento negativo, esaminando elementi di fatto e/o di diritto indicati nell'ordinanza. Non si tratta di una sostituzione del giudice all'amministrazione, ma indubbiamente si verifica un forte condizionamento di quest'ultima che, pur potendo confermare il precedente provvedimento, deve dare esaustiva motivazione sui punti indicati nell'ordinanza.

19. Il subprocedimento amministrativo

L'effetto giuridico più rilevante di queste misure cautelari è l'attivazione di un subprocedimento amministrativo, da cui può risultare un nuovo provvedimento amministrativo, possibile di autonome contestazioni, tanto dall'originario ricorrente quanto dai controinteressati.

Pur essendo di frequente applicazione, queste misure dovrebbero avere un limite nel principio processuale, comune ad ogni tipo di giudizio, per cui la tutela cautelare non può essere anticipatoria dell'esito del giudizio stesso.

20. Misure cautelari conservative

Comportano ordini per l'amministrazione anche le misure cautelari meramente conservative. Si tratta di casi in cui, ad esempio, il giudice considera fondata l'istanza del richiedente accché sia ordinato all'amministrazione di accantonare una certa somma per cui è controversia, per non incorrere in problemi di bilancio o di cassa al momento della decisione di merito. L'ordine qui ha contenuto conservativo, e rimane strettamente strumentale e temporaneo.

21. Misure cautelari sostitutive

Vi sono poi casi di misure cautelari sostitutive, ove il giudice provvede direttamente in vece dell'amministrazione. È il caso, ad esempio, dell'esecuzione del potere cautelare sui dinieghi, in cui il giudice concede direttamente l'autorizzazione provvisoria.

Al di fuori delle questioni di giurisdizione esclusiva, ove tale opportunità può essere talora giustificata, le misure sostitutive dovrebbero essere di applicazione eccezionale, sia in funzione della riserva di amministrazione che per l'effetto sostanzialmente anticipatore del giudizio.

Mera variante è il caso delle misure cautelari ordinatorie, in cui il giudice, anziché provvedere direttamente, ordina all'amministrazione di assumere determinati provvedimenti o parte di essi.

22. Tutela cautelare a fronte dell'inerzia

Anche a fronte dell'inerzia dell'amministrazione è ammessa la tutela cautelare, in quanto una parte dei "silensi" amministrativi può ancora configurarsi in modo provvidenziale.

23. Il limite delle misure cautelari

Le varie configurazioni di misure interinali che oggi sono riconosciute dalla disciplina del processo amministrativo hanno effetti assai diversi nei confronti degli atti o comportamenti amministrativi contestati. Possono infatti spaziare dalla tipica sospensione dell'efficacia del provvedimento sino ad una provvisoria soddisfazione degli interessi pretensivi del ricorrente.

Il limite è quello proprio di tutte le misure cautelari: che non possono determinare utilità sostanziali superiori o diverse da quelle cui è preordinata l'azione di merito, cui la fase cautelare accede.

Inoltre, il giudice non può sostituirsi all'amministrazione con misure interinali di carattere sostanzialmente amministrativo.

24. Il potere di autotutela

All'amministrazione rimane il potere di autotutela per eventuali correzioni e rimodulazioni della fattispecie, al di là di quanto possa essere ordinato cautelarmene dal giudice.

Al possibile esercizio dell'autotutela, la motivazione delle ordinanze offre preziose indicazioni.

25. La sorte delle misure cautelari

A conclusione del processo, le misure cautelari hanno una diversa sorte a seconda che la sentenza sia di accoglimento o di rigetto. Nel primo caso, le misure si consolidano definitivamente per effetto indiretto della sentenza; nel secondo, cessano efficacia ed è necessario ripristinare la situazione anteriore alla misura cautelare, con i provvedimenti appropriati a seconda della fattispecie.

26. Il processo amministrativo come processo da ricorso

All'inizio, il processo amministrativo non si caratterizza come tutti gli altri processi di parte, e soprattutto tiene conto della loro fisiologica, sostanziale, disparità. C'è infatti un soggetto portatore di interessi pubblici, perciò stesso prevalenti su quelli individuali e, per di più, a quel soggetto è riconosciuto dalla legge un potere d'imposizione unilaterale della volontà, volto a garantire l'effettiva soddisfazione di quegli interessi.

Ecco spiegata l'origine del processo amministrativo come processo da ricorso, anziché da citazione. Il privato non cita l'amministrazione a comparire davanti al giudice, perché questi possa sindacarne il comportamento (*vocatio in iudicium*), ma invoca il giudice affinché esamini l'atto da cui egli "trae" pregiudizio e ne verifichi la corrispondenza alle previsioni legali (*vocatio iudicis*). Dall'altro, l'attribuzione all'amministrazione del potere, della capacità di imposizione unilaterale della propria volontà, cui corrisponde una conseguente posizione di soggezione del destinatario dell'atto, un tempo unita alla segretezza che dominava l'attività istruttoria dell'amministrazione, richiede un bilanciamento in sede processuale; per evitare che la maggior forza sostanziale dell'amministrazione si traduca in una prevalenza sul piano processuale.

27. L'attività probatoria

In un peculiare processo di parti come quello che si è descritto, caratterizzato dall'invocazione del giudice e dalla disuguaglianza sostanziale delle parti, l'attività probatoria non può essere riservata unicamente a queste ultime (metodo dispositivo). È necessario che al giudice vengano dati poteri istruttori attivi (metodo acquisitivo), attraverso i quali si realizzzi un bilanciamento di posizioni processuali delle parti, in armonia con il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'articolo 3, comma 2, Cost. In quest'ottica, l'intervento del giudice amministrativo nell'attività di acquisizione delle prove è volto ad evitare che la posizione di debolezza del privato soggetto al potere impedisca, nel processo, di far valere la propria pretesa in ragione dell'impossibilità di procurare/produrre prove sufficienti.

Accade che, sebbene anche nel processo amministrativo viga il principio secondo il quale l'onere della prova incombe su colui che allega i fatti a sostegno della propria domanda (articoli 2697 c.c. e 64 c.p.a.), l'ordinamento riconosce al giudice un significativo ed autonomo potere di acquisizione probatoria. La prova diviene cosa tanto nella disponibilità delle parti, quanto in quella del giudice.

L'interesse dell'ordinamento è quello di garantire un'istruttoria completa, riconoscendo al giudice poteri d'iniziativa volti ad ovviare alle difficoltà che il ricorrente abbia incontrato nel procurarsi le prove ed anche alle sue omissioni.

28. Il procedimento di esercizio del potere

Il modello originario del processo amministrativo è andato via via evolvendosi. Il sindacato del giudice si è fatto più penetrante, aggiungendo progressivamente alla stretta verifica della corrispondenza tra il provvedimento impugnato e i presupposti definiti dalla legge, l'analisi e la verifica del ragionevole uso del potere.

Le regole ed i principi sull'istruttoria procedimentale e sul rapporto tra essa e il procedimento finale, dapprima elaborati dalla giurisprudenza e poi codificati dal legislatore, hanno richiesto al giudice di compiere un'analisi completa, non più limitata al sindacato sull'atto, ma estesa all'intero procedimento di esercizio del potere e, in sostanza, al rapporto tra il privato e l'amministrazione.

29. Il processo sul rapporto

Ma oggi si potrebbe ritenere che le ragioni che hanno spinto ad abbandonare il metodo dispositivo in favore di quello acquisitivo sono in parte venute meno. L'ormai completata transizione del processo amministrativo da processo sull'atto a processo sul rapporto, insieme con il riconoscimento delle facoltà e dei diritti ad opera della legge sul procedimento

amministrativo, potrebbero condurre ad un'applicazione più rigorosa del principio dell'onere della prova e ad un ridimensionamento dell'iniziativa del giudice nell'acquisizione della prova.

In realtà, la soddisfazione dei diritti legati alla partecipazione ed all'accesso dipende pur sempre da comportamenti dell'amministrazione.

La comunicazione dell'avvio del procedimento, la valutazione di memorie e l'acquisizione di documenti al procedimento, l'ostensione di documenti in possesso dell'amministrazione e il rilascio di una loro copia, sono diritti che possono essere disattesi da comportamenti elusivi/omissivi dell'amministrazione. Col che, troppo spesso, sono proprio i poteri istruttori del giudice gli unici mezzi con cui porre rimedio a detti comportamenti.

30. Il principio di prova

Una precisazione obbligata: se il metodo acquisitivo, che ispira l'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità, solleva il ricorrente dal peso della piena prova, è però vero che non lo esime dal fornire un principio di prova.

Il giudice può esercitare i propri poteri istruttori per l'acclaramento dei fatti, ma non può integralmente sostituirsi al privato, dovendo quest'ultimo acquisire al processo un *minimum probatorio* che assista la propria pretesa.

- Secondo alcuni: il ricorrente sarebbe tenuto a fornire elementi di seria consistenza, che consentano al giudice di valutare la positività della domanda. Elementi da valutare con particolare rigore nei casi in cui egli abbia la disponibilità anche solo potenziale del materiale probatorio.
- Secondo altri: sarebbe sufficiente che nel ricorso siano allegati idonei indirizzi a fondamento della pretesa fatta valere.
- Secondo altri ancora: l'onere del principio di prova sarebbe soddisfatto dalla semplice allegazione di fatti.

L'ultima tesi è quella che si è andata imponendo nei tempi più recenti.

In realtà, la si può condividere solo a patto che si pretenda che all'allegazione dei fatti il ricorrente accompagni una seppur minima attività, volta a dimostrare la verità dell'allegazione. Attività che può anche consistere nell'esposizione di un semplice ragionamento logico, nel quale sia rinvenibile un tentativo di dimostrazione dell'assunto. In caso contrario, si ammetterebbe per il ricorrente l'equivalenza tra l'allegare (il dire) e i provare.

In definitiva, ciò che il codice riconosce è la disponibilità totale delle prove, in ragione degli ampi poteri istruttori del giudice.

In sostanza, non può ritenersi un principio di prova la semplice allegazione di un fatto, mentre può valere come tale l'allegazione che si accompagni ad un'illustrazione degli elementi di prova, che possono aversi sull'allegazione medesima per mezzo di un'attività, anche di semplice analisi interpretativa dei fatti. Esempio: la produzione dell'atto impugnato rappresenta essa stessa un principio di prova. Ad essa deve provvedere il ricorrente.

Nel caso in cui questi ometta di ottemperare all'obbligo, il giudice può ordinare all'amministrazione di darvi corso.

In questa ipotesi, il principio di prova è rappresentato non dall'allegazione in sé dei fatti, ma dalla descrizione in ricorso del contenuto del provvedimento e dalle circostanze di fatto che ne hanno costituito il presupposto.

Sebbene sia evidente l'interesse del ricorrente a fornire al giudice il più completo novero di prove, è dunque sufficiente, perché possa dirsi soddisfatto il principio di prova, che egli alleghi i fatti nel ricorso, illustrandoli in modo da farne un sostegno articolato e logico alla pretesa e facendo riferimento a fatti capaci di comprovarli.

Sarà poi l'amministrazione a dover confutare con proprie argomentazioni/prove quanto allegato dal ricorrente, poiché *onus probandi incumbit ei qui dicit*.

31. Il principio di separazione tra il potere giurisdizionale e quello amministrativo

Nelle ipotesi in cui il giudice abbia disposto mezzi istruttori che presuppongano il compimento di un'attività da parte dell'amministrazione resistente, la mancata

ottemperanza al comando del giudice consente a quest'ultimo di ritenere provate le allegazioni del ricorrente.

I poteri istruttori del giudice, oltre che dal modello scelto dal legislatore per il processo amministrativo, traggono origine anche dalla necessità di equilibrare le posizioni del privato e dell'amministrazione, sostanzialmente diseguali per l'attribuzione a quest'ultima del potere amministrativo. È però vero che, poiché l'estensione di siffatti poteri non può contraddirre il principio di separazione tra il potere giurisdizionale e quello amministrativo, l'indagine istruttoria svolta per autonoma iniziativa del giudice non lo può immettere nella valutazione del fatto se non per il fine del legittimo uso del potere.

32. L'appello

L'autonomia del processo in ragione del sistema a diritto amministrativo, in primo luogo s'osserva in sede di appello. L'appello è proposto pur sempre con ricorso, così come è introdotto con ricorso il giudizio di primo grado.

Il ricorso in appello, se pur ripropone, o può riproporre, davanti al giudice di secondo grado la controversia, o sue parti, negli stessi termini in cui essa era presentata in primo grado, tuttavia resta pur sempre diretto all'attacco della sentenza, o di sue parti, attraverso l'enunciazione dei vizi che la inficiano, secondo la prospettazione dell'appellante.

L'appello presenta, accanto a un effetto devolutivo al giudice superiore dell'intera controversia, anche una funzione impugnatoria della decisione di primo grado, in sé considerata. E le sue funzioni, rinnovatoria e impugnatoria, sono destinate a combinarsi variamente nell'instaurazione e nella definizione dell'oggetto del giudizio di appello.

Almeno per la parte di critica alla decisione di primo grado, il ricorso in appello è diretto a provocare una sentenza che dovrà presentare, "preliminarmente", carattere eliminatorio della sentenza del TAR e ad essa segue il rinvio della controversia al giudice di primo grado (che dovrà assumere una nuova decisione, in particolare ma non solo nelle ipotesi dell'articolo 105), salvo che non si versi in uno dei casi di annullamento senza rinvio, non più trattati esplicitamente nel codice, ma nondimeno operanti nel nostro sistema.

33. La combinazione tra effetto devolutivo dell'appello e principio dispositivo del processo amministrativo

La combinazione tra effetto devolutivo dell'appello e principio dispositivo del processo amministrativo è complessa. E risulta tanto più complessa in quanto riferita ad un giudizio, quale quello amministrativo, che si sviluppa di regola in primo grado, quantomeno nella sua versione impugnatoria, attraverso una contestazione dei presupposti sostanziali e processuali, oltre che della fondatezza dei motivi sostanziali proposti dal ricorrente, da parte di chi resiste (amministrazione ed eventuali controinteressati).

La complessità aumenta poi nel secondo grado, nel quale, alla situazione descritta per il primo grado – potenzialmente riprodotta in appello in virtù dell'effetto devolutivo – si aggiunge l'attacco (o gli attacchi) della sentenza ad opera della parte soccombente (o delle parti soccombenti) rispetto ad essa. Attacco che deve sussistere ed essere esplicito, costituendo ciò specifica condizione di ammissibilità dell'appello.

34. La legittimazione dell'appello

La legittimazione dell'appello si lega alla soccombenza in primo grado, per cui ha interesse ad impugnare la sentenza chi non abbia visto riconosciute in essa le proprie ragioni sostanziali e di rito. Ciò significa che ha interesse al gravame non solo chi si sia visto respingere il proprio ricorso, giudicato in primo grado infondato o inammissibile, e intenda quindi riproporlo in sede di appello contestando la sentenza che lo ha deciso, o chi (amministrazione resistente o controinteressato) abbia invece visto accogliere il ricorso al quale aveva resistito, e intenda attaccare la sentenza di accoglimento, ma può avere interesse ad appellare – se del caso incidentalmente – anche chi abbia, per esempio, ottenuto una pronuncia di accoglimento del

suo ricorso, essendo stati ritenuti fondati dal giudice uno o più motivi d'impugnazione, ma intenda contestare la sentenza nella parte in cui ne respinge altri; o ancora chi, resistente in primo grado, abbia vista accolta una propria eccezione di rito, ma ritenga che il ricorso fosse infondato anche sotto il profilo sostanziale ed abbia interesse a vedere accolte le sue ragioni.

La legittimazione all'impugnazione della sentenza, che apparentemente soddisfa la pretesa azionata in primo grado, si giustifica in questi casi con l'interesse che il ricorrente, l'amministrazione o il controinteressato possono trarre da una certa decisione, al di là del mero accoglimento o rigetto del ricorso, per gli effetti che conseguono alla pronuncia sul piano dell'ulteriore azione dell'amministrazione, anche in ragione dell'effetto conformativo e non solo eliminatorio della decisione di primo grado.

Per questo motivo, si ritiene che anche chi abbia ottenuto l'accoglimento del proprio ricorso possa appellare la sentenza nella parte in cui respinge alcuni dei motivi proposti in primo grado e, per altro verso, che anche l'amministrazione (così come il controinteressato) sia legittimata ad appellare la sentenza che accoglie per esempio una sua eccezione in rito, onde vedere affermata l'infondatezza delle ragioni di pretesa illegittimità del proprio operato.

Nel caso di rigetto del ricorso di primo grado, il ricorrente che intenda contestare l'esito del giudizio assumerà la veste di appellante, e l'amministrazione e l'eventuale controinteressato resistente saranno gli appellanti.

Nel caso di accoglimento del ricorso di primo grado, amministrazione o controinteressato potranno essere gli appellanti e il ricorrente originario l'appellato.

35. I nuovi elementi di prova

Siccome però la sentenza si può articolare in più unità di decisione (o capi di sentenza), rispetto alle quali la soccombenza varia, può accadere che, rispetto a una medesima sentenza – più precisamente, rispetto ai suoi distinti capi – le posizioni di appellante e di appellato s'intreccino, e diano luogo a una situazione complessa con riguardo all'oggetto del giudizio d'appello.

Dal punto di vista sostanziale, il carattere innovatorio del giudizio amministrativo d'appello fa sì che nemmeno sotto il profilo della conoscenza del fatto il giudice sia vincolato alle conclusioni emerse in primo grado. In conseguenza dell'effetto devolutivo, dovrebbero spettare al giudice di appello gli stessi poteri di cognizione ed istruttori del giudice di prime cure, sicché in principio sarebbe possibile, per il primo, acquisire anche d'ufficio i nuovi mezzi istruttori su tutti i punti rilevanti in relazione ai capi della sentenza oggetto d'impugnazione. Tuttavia, tale attività è limitata dall'articolo 102, comma 2 c.p.a. ai nuovi elementi di prova che il collegio ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, o a quelli che la parte dimostri di non aver potuto proporre nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile.

36. L'effetto ripristinatorio e l'effetto conformativo

L'oggetto del processo amministrativo non è costituito in via diretta dal rapporto intercorrente tra l'amministrazione titolare del potere e il soggetto privato che ha proposto il ricorso. Il giudice amministrativo, a differenza di quello civile, non opera una qualificazione dei fatti alla luce delle norme, fissando in via diretta ed esaustiva la disciplina giuridica del rapporto. Si limita ad appurare se il provvedimento amministrativo impugnato, che ha inciso in via autoritativa (costituendo, modificando, estinguendo situazioni giuridiche soggettive) e ha dunque fissato la regola del rapporto, è stato emanato nel rispetto dei canoni della legalità.

Qualora, all'esito della verifica giudiziale, il provvedimento risulti affetto da un vizio di legittimità, il ricorso viene accolto e l'atto è annullato con efficacia *ex tunc*.

Poiché il rapporto amministrativo sta, per così dire, sullo sfondo del processo amministrativo, in passato si è ritenuto inapplicabile al processo amministrativo il principio civilistico contenuto nell'articolo 2909 c.c. **Ciò perché la sentenza del giudice amministrativo non accerta in via definitiva il modo di essere del rapporto tra le parti, ma si limita a rimuovere il provvedimento illegittimo.** Pertanto, in seguito

all'evoluzione subita dal processo amministrativo, la dottrina riconnette alla sentenza di accoglimento del giudice amministrativo non soltanto un effetto di annullamento, ma anche, in relazione ai motivi esaminati e accolti e al contenuto della motivazione della sentenza, altri due tipi di effetti:

- l'effetto ripristinatorio, volto a riprodurre per quanto possibile lo stato di fatto e di diritto che si sarebbe verificato ove l'amministrazione non avesse emanato il provvedimento annullato;
- e un effetto conformativo (od ordinatorio), rilevante soprattutto con riferimento agli interessi legittimi pretensivi, tendente a condizionare il successivo esercizio del potere da parte dell'amministrazione.

37. I limiti soggettivi del giudicato amministrativo

Anche alle sentenze del giudice amministrativo si applica, in linea di principio, la regola secondo la quale il giudicato vale solo tra le parti, successori ed aventi causa (articolo 2909 c.c.).

Risulta da tempo superata la tesi che il giudicato amministrativo abbia efficacia *erga omnes*; tesi che trovava giustificazione nella concezione oggettiva della giurisdizione amministrativa, secondo la quale quest'ultima è finalizzata, più che alla tutela della situazione giuridica fatta valere in giudizio, al ripristino della legalità violata. Oggi è pacifico che, da una sentenza di annullamento pronunciata a favore di un ricorrente, non possono trovare beneficio altri soggetti, che pur si trovano in una situazione identica a quella del ricorrente, ma che non abbiano proposto un ricorso autonomo nel termine decadenziale (per esempio: il caso dell'esclusione da un concorso di una pluralità di candidati, operata in relazione ad una medesima ragione, ma impugnata da uno solo di essi).

Un siffatto principio incontra una serie di eccezioni. Anzitutto, se il provvedimento amministrativo impugnato ha natura di atto indivisibile/inscindibile, in quanto si rivolge in modo unitario a una pluralità di soggetti (atto collettivo, come per esempio la graduatoria concorsuale o lo scioglimento di un consiglio comunale), l'annullamento operato da una sentenza di accoglimento vale *erga omnes*, cioè anche nei confronti di coloro che non hanno proposto il ricorso.

Analogo principio vale per gli atti aventi natura regolamentare o generale (provvedimenti di fissazione di prezzi o tariffe). Ma, se sulla base dell'atto regolamentare l'amministrazione ha emanato una serie di provvedimenti applicativi, questi ultimi, ove non impugnati dagli interessati, non vengono travolti dalla sentenza che annulla l'atto generale.

Il principio dell'efficacia *inter partes* del giudicato amministrativo non esclude, infine, il potere discrezionale dell'amministrazione di estendere gli effetti favorevoli del giudicato a soggetti estranei al giudizio, ma che si trovano in una situazione identica a quella di colui che ha proposto il ricorso, e ciò per ragioni di equità o di buona amministrazione. Per esempio: in materia di pubblico impiego, anche se, allo scopo di contenere la spesa, varie leggi finanziarie (oggi "di stabilità") hanno limitato/escluso tale facoltà.

38. Il giudizio di ottemperanza

Passando ora a considerare il giudizio di ottemperanza nei confronti delle sentenze del giudice amministrativo, occorre operare alcune distinzioni preliminari.

Anzitutto, deve trattarsi di sentenze di accoglimento e, quanto a tipologia, esse possono essere variamente - a seconda che si ricada nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità o nell'ambito della giurisdizione esclusiva - di annullamento di provvedimenti amministrativi, dichiarative (o di mero accertamento) o di condanna. È da escludere che il giudizio di ottemperanza possa essere proposto nei confronti di sentenze di rigetto che dichiarano infondato il ricorso per l'annullamento di un provvedimento amministrativo, perché esse lasciano immutata la situazione di fatto o di diritto venutasi a creare in seguito all'emanazione di quest'ultimo.

L'infondatezza delle censure dedotte dal ricorrente, accertate dalla sentenza, fa sorgere tutt'al più in capo all'amministrazione un divieto di procedere all'annullamento d'ufficio in base ai vizi di legittimità che il giudice ha ritenuto non sussistenti.

Va parimenti escluso il giudizio di ottemperanza con riguardo ad altre sentenze di rigetto aventi carattere esclusivamente processuale (per esempio: inammissibilità del ricorso per tardività), che sono suscettibili di determinare un giudicato esterno. Minori certezze sussistono con riferimento ad altri tipi di sentenze di rigetto che abbiano una qualche valenza sostanziale (per esempio: quelle relative alle condizioni dell'azione o che si fondino su una certa interpretazione del provvedimento impugnato).

Anche nel caso di sentenze di accoglimento, il giudizio di ottemperanza non può essere proposto nei confronti delle sentenze di annullamento autoapplicative, cioè immediatamente satisfattive della pretesa del ricorrente senza necessità di alcuna attività esecutiva da parte dell'amministrazione soccombente (per esempio: l'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità di un'opera o di una sanzione amministrativa). Esse determinano soltanto un nuovo provvedimento con lo stesso contenuto sulla base dei medesimi presupposti giustificativi del provvedimento annullato. In secondo luogo, tradizionalmente il giudizio di ottemperanza poteva essere esperito soltanto nei confronti di sentenze passate formalmente in giudicato. Pertanto, già l'articolo 33, comma 5, legge 1034/1971, come integrato dalla legge 205/2000, aveva introdotto una tutela di tipo esecutivo anche nei confronti delle sentenze prive di questo requisito formale. Il comma 5 prevedeva infatti che «per l'esecuzione delle sentenze non sospese dal Consiglio di Stato il Tribunale amministrativo regionale esercita i poteri inerenti al giudizio di cui all'articolo 27, primo comma, numero 4), del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, e successive modificazioni».

Non era chiaro se il richiamo espresso ai "poteri" inerenti al giudizio di ottemperanza includesse anche la disciplina processuale prevista per questo giudizio. In ogni caso, il giudizio di ottemperanza proposto nei confronti delle sentenze non passate in giudicato doveva tener conto del fatto che gli effetti derivanti dalla pronuncia hanno un carattere precario.

Come chiarì la giurisprudenza, le misure disposte in sede di ottemperanza non devono determinare un assetto definitivo e immutabile, e ciò per tener conto dell'eventualità che la sentenza definitiva non confermi la pronuncia oggetto del procedimento di esecuzione.

Il codice conferma e fa un passo avanti rispetto a questa impostazione, prevedendo espressamente che il normale giudizio di ottemperanza può essere proposto nei confronti «delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo» (articolo 112, comma 2, lettera b). Precisa poi: in caso di accoglimento del ricorso il giudice determina le misure esecutive «tenendo conto degli effetti che ne derivano» (articolo 114, comma 4, lettera c); espressione che va interpretata nel senso che tal misure non devono produrre effetti tali da pregiudicare l'eventuale esito diverso del giudizio di appello.

Il giudizio di ottemperanza può essere proposto anche con riferimento alla mancata esecuzione delle sentenze dei giudici amministrativi speciali.

Il codice ha introdotto una disposizione generale, secondo la quale il giudizio di ottemperanza può essere esperito nei confronti delle sentenze «per le quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato» (articolo 112, comma 2, lettera d).

La formulazione non è del tutto perspicua, e può essere interpretata anche sulla scorta delle indicazioni contenute nella relazione del Senato e nella relazione finale al testo normativo, nel senso che essa si riferisca sia alle pronunce dei giudici amministrativi speciali, sia alle pronunce sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, un rimedio ormai equiparato quasi del tutto, in seguito alle disposizioni legislative più recenti (articolo 69, legge 8 giugno 2009, n. 69) al ricorso giurisdizionale ordinario. Con riferimento al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, la questione sembra essere stata risolta in sede giurisprudenziale.

La Corte di Cassazione ha di recente rivisto il suo precedente orientamento preclusivo, alla luce del mutato quadro normativo di riferimento. L'orientamento è stato recepito anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Una delle novità introdotte dal codice è che il giudizio di ottemperanza può essere proposto dalle parti del giudizio anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza (articolo 112, comma 5). Si tratta di uno strumento utile per l'amministrazione nel caso in cui abbia qualche dubbio su come eseguire la sentenza.

39. Il commissario *ad acta*

Il giudice dell'ottemperanza può fornire chiarimenti anche al commissario *ad acta* eventualmente nominato (articolo 114, comma 6).

In quanto delegato del giudice, il commissario deve attenersi alle indicazioni fornite dalla sentenza emanata dal giudice dell'ottemperanza, e svolge la propria attività soltanto sotto il controllo immanente di quest'ultimo. Ove necessario, può chiedere al giudice dell'ottemperanza ulteriori chiarimenti. La sua nomina può essere sempre revocata dal giudice. Quest'ultimo, comunque, può riservarsi il potere di una presa d'atto formale dei provvedimenti assunti dal commissario, in modo tale da verificarne la conformità rispetto alle indicazioni fornite, nonché di disattendere le conclusioni cui il commissario sia pervenuto.

La stessa pubblica amministrazione sostituita può rivolgersi al giudice dell'ottemperanza per richiedere una siffatta verifica.

40. Azione per l'efficacia delle amministrazioni e dei concessionari dei pubblici servizi

Il giudizio di ottemperanza può essere esperito anche in relazione alla speciale azione per l'efficacia delle amministrazioni e dei concessionari dei servizi pubblici: una sorta di "class action" volta ad obbligare le amministrazioni a conformarsi agli standard qualitativi ed economici stabiliti dalle norme vigenti (d. lgs. 198/2009).

L'articolo 5 del decreto legislativo citato, rubricato «Ottemperanza», rinvia alle norme generali sul giudizio d'ottemperanza e prevede che per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, si ricorre all'organismo indipendente di valutazione delle performance interno ad ogni apparato (previsto dal d. lgs. 150/2009) e, nei casi in cui emergono profili di danno erariale, alla Corte dei Conti. Inoltre, l'articolo 4, ultimo comma, stabilisce che le misure adottate dall'amministrazione in sede di ottemperanza siano pubblicate sul sito del Ministero per la pubblica amministrazione e sul sito istituzionale dell'amministrazione.

41. Il rito originario

Il rito originario nel processo amministrativo era disegnato dal legislatore fondamentalmente per le ipotesi nelle quali il privato si opponesse ad un provvedimento restrittivo dell'amministrazione: l'esempio classico era l'impugnazione d'un decreto di esproprio. Si trattava del caso che più frequentemente poteva verificarsi nei rapporti tra cittadino ed amministrazione alla fine dell'ottocento, quando le norme essenziali del processo amministrativo vennero adottate.

Il giudizio, costruito sullo schema impugnatorio, era finalmente funzionale rispetto a tale ipotesi: un annullamento nel merito e la sospensione in sede cautelare consentivano di assicurare al ricorrente una tutela effettiva.

42. I riti speciali

A partire dagli anni Sessanta del novecento, accanto all'originario rito impugnatorio, iniziarono ad essere previste dal legislatore sporadiche ipotesi nelle quali la tutela veniva assicurata seguendo regole processuali diverse da quelle ordinarie. Ma si trattava di casi talmente limitati (all'inizio il solo giudizio elettorale) da non richiedere nessun tipo d'inquadramento sistematico. Negli anni Settanta ed Ottanta, il numero di queste ipotesi "devianti" iniziò ad aumentare progressivamente, e la dottrina iniziò a coniugare il termine *riti speciali* per ricomprenderli tutti in un'unica categoria.

Venne così adottata la terminologia propria del codice di procedura civile, che dedica un libro ai procedimenti speciali. In analogia con il processo civile, nel processo amministrativo vennero quindi considerati riti speciali quelli in cui le regole, in relazione alla specialità della materia, si discostavano in qualche modo da quelle normali o generali. Fu così che nei manuali

di giustizia amministrativa iniziò, dapprima timidamente, ad apparire un'apposita trattazione relativa a tali ipotesi devianti.

Oltre al rito ordinario, vengono disciplinati in modo più snello settori di particolare rilievo (cc. dd. sensibili), oppure si prevedono nuove formule procedurali processuali quando vi siano le condizioni per arrivare in tempi più rapidi alla definizione della controversia.

43. I riti del nuovo codice del processo amministrativo

Il codice del processo amministrativo contiene oggi la disciplina di un rito ordinario per la tutela degli interessi oppositivi (che funziona da punto di riferimento normativo per tutti gli altri), che è quello classico impugnatorio (la cui disciplina è contenuta nel libro III, articoli 40-90), che in alcune ipotesi può subire delle variazioni (come la definizione del giudizio in esito ad istanza cautelare ex articolo 60) e la disciplina di cinque riti speciali.

I riti speciali sono disciplinati dal libro IV:

- il rito in materia di accesso agli atti: articolo 116;
- il rito in materia di inerzia/silenzio: articoli 31 e 117;
- il procedimento d'ingiunzione: articolo 118;
- i riti abbreviati relativi a specifiche controversie (per opere, appalti e servizi pubblici): articoli 119-125;
- il rito speciale relativo al contentioso sulle operazioni elettorali: articoli 126-132.

Accanto alla pluralità di riti speciali disciplinati dal codice, continua a convivere qualche rito disciplinato da leggi settoriali, come quello relativo alla materia dello sciopero nei servizi essenziali.

La proliferazione dei riti ha creato – e probabilmente assai più creerà in futuro – nuovi problemi: i riti speciali mettono a rischio il rispetto del giusto processo, creano numerosi dubbi interpretativi e non contribuiscono a quella semplicità e certezza degli schemi processuali, che dovrebbero consentire a tutti i protagonisti del processo di concentrarsi sugli oggetti sostanziali della vicenda, ossia sul *suum cuique tribuere*.

Gli articoli 120-124 c.p.a. stabiliscono regole particolari per le ipotesi in cui le controversie riguardino appalti di lavori, servizi e forniture, e s'impugnino atti del procedimento di affidamento dei suddetti o i connessi provvedimenti dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici. Si disegna così un rito "superspeciale", in quanto ulteriormente accelerato rispetto a quanto previsto dall'articolo 119 c.p.a. Tra le varie differenze, basti pensare che il termine per la notificazione del ricorso – ma la regola vale anche per i motivi aggiunti e i ricorso incidentale – è di 30 giorni, mentre negli altri casi di rito accelerato il termine di notificazione resta comunque quello ordinario di 60 giorni.

La disciplina del giudizio in materia di appalti non è però, come si potrebbe pensare, tutta contenuta nel codice del processo amministrativo, ma va rinvenuta anche nel codice dei contratti pubblici (d. lgs. 163/2006).

Una prima regola processuale contenuta nel codice dei contratti pubblici è quella del cd. *stand still processuale* o dell'automatico effetto sospensivo che ha la notificazione del ricorso con annessa istanza cautelare.

44. Abuso del/nel processo

Il diritto sostanziale è «attributivo» di beni e di utilità (il *suum cuique tribuere* e l'*alterum non lædere* dell'esperienza romana), laddove il diritto processuale è meramente «strumentale», sicché, se è corretto parlare di abuso «del» diritto, è preferibile parlare di abuso «nel» e non «del» processo.

Non è un caso che l'abuso del diritto fu preso in considerazione durante i lavori preparatori soltanto dal vigente codice civile: «Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo è conferito».

Il progetto di disciplinare con una disposizione generale il cosiddetto abuso del diritto fu, tuttavia, abbandonato. Ma, va rimarcato, la scelta del legislatore non è stata senza conseguenze. L'evoluzione successiva ha infatti individuato settori fortemente influenzati dalla clausola di buona fede (e così la legge è intervenuta per disciplinare gli abusi di posizione

dominante, le clausole vessatorie, la protezione dei dati personali) ed, anche in assenza di un divieto espresso, il divieto di abuso ha finito con l'assumere il ruolo di cerniera tra l'applicazione «cieca» della legge e il richiamo ai valori che la disciplina positiva sottende, secondo un tracciato della storia che, sempre più allontanandosi dal positivismo giuridico (che si vuole erede di un diritto borghese), vede nel testo di legge non più lo stampo in cui sono cristallizzate le esigenze e i valori sottostanti, ma la prigione in cui è incapsulata la norma, ossia il diritto che vive in tensione con la legge in un continuo processo di adeguamento.

Un problema del genere neppure si pone in sede di codificazione del processo civile. La dottrina, negli anni precedenti alla codificazione e in quelli successivi, ebbe a chiedersi quale fosse la sorte del processo connotato da comportamenti dolosi o fraudolenti dei soggetti coinvolti (processo simulato, processo fraudolento, processo apparente, processo fiduciario). È solo in termini recenti che si è posto il problema delle forme di reazione dell'ordinamento quando gli atti processuali siano impiegati in funzione diversa rispetto a quella per la quale sono stati predisposti dalla legge.

L'attenzione verso il tema dell'abuso, sia nel campo sostanziale che in quello processuale, per quanto si tratti di fenomeni assai differenti, nasce anche dalle suggestioni provenienti da altri ordinamenti, soprattutto di *common law*.

Il problema non può essere posto allo stesso modo laddove la giurisprudenza è tra le fonti del diritto e laddove, almeno formalmente, come da noi, non lo è. Per averne conferma, basta riandare all'esperienza del diritto romano, nella quale la rigidità dello *ius* civile era costantemente temperata dall'opera sapiente della giurisprudenza pretoria, e quindi dalla convivenza del primo con lo *ius honorarium* (qualcosa di simile a ciò che ritroviamo nella convivenza tra *common law* ed *equity*). Tuttavia, l'evoluzione attuale della giurisprudenza sta alterando, nei Paesi di *civil law*, il rapporto fra giudice e legge, così che si assiste ad un processo osmotico tra i due sistemi, che non può non avere ricadute sul piano ordinamentale.

Una spinta potente a considerare il problema dell'abuso del processo in una nuova prospettiva è venuta dalla riformulazione dell'articolo 111 Cost., il cui nuovo primo comma vuole che la giurisdizione sia esercitata «mediante il giusto processo regolato dalla legge».

La formula riprende quella adoperata nell'articolo 6 della CEDU, la quale parla di processo «fair» o «équitable». Di conseguenza, si è assegnato all'attributo «giusto» un significato non solamente formale, ma sostanziale, in quanto il processo può non essere giusto anche se le parti rispettano le regole poste dal legislatore, qualora dietro (e oltre) il rispetto formale l'atto processuale miri: a) ad ostacolare che la giustizia sia resa in maniera effettiva, e quindi b) soprattutto ad ostacolare la ragionevole durata del processo (così violando il precetto di cui all'articolo 111, secondo comma, Cost.).

È una prospettiva, ma un processo è «giusto» se garantisce sufficientemente l'accesso alla giustizia, la difesa, il diritto alla prova e la terzietà del giudice.

Un processo che offre tali garanzie può, nei singoli casi, diventare ingiusto, se il giudice lo decide in tempi eccessivamente lunghi. Ma ciò non dipende dalla disciplina del processo, se non nei limiti in cui la disciplina processuale è incongrua o errata; dipende invece, e soprattutto od esclusivamente, dal modo secondo il quale il servizio è organizzato, così che il problema riguarda principalmente lo Stato e non può essere addossato ai giudici, ai quali compete soltanto di scegliere, tra più interpretazioni possibili della legge, quella che, fedele al suo tessuto formale, impedisca inutili perdite di tempo. Se poi la dilatazione dei tempi processuali è provocata, nei singoli casi, dai comportamenti dei soggetti del processo, i quali formalmente rigettano le regole in sé giuste, non per questo il processo diventa ingiusto. Eventualmente, si tratta di sanzionare i comportamenti strumentalmente dilatori.

Per configurare un abuso di un atto processuale, sia che provenga dalle parti sia che avvenga ad opera del giudice, occorre individuare lo «scopo» per il quale è stato preordinato o la «funzione» alla quale è servente. La dottrina classica ha sempre avversato il tentativo di una lettura delle norme processuali secondo lo scopo o la funzione, ritenendo l'uno o l'altra elementi «spuri» e fuorvianti.

Il processo è materiato di atti formali concatenati fra loro da vincoli di ordine temporale e logico, cementati dalla struttura dialogica (il contraddittorio) e svolti con la partecipazione di un soggetto la cui terzietà ed imparzialità ha caratteristiche peculiari (costituzionalmente rilevanti). In tal modo, l'atto processuale determina una situazione che è base per il compimento di un atto ulteriore, e così via fino al provvedimento finale.

È una catena il cui svolgimento è preordinato per legge, salvo che per l'atto iniziale, il quale dipende da una libera scelta del soggetto che assume l'iniziativa processuale.

Qual è lo scopo o la funzione della domanda giudiziale, che consenta di dichiarare il carattere abusivo? Non v'è dubbio che lo scopo o la funzione diretta della domanda sia quello di creare la pendenza del processo, così che, per prospettarne il carattere abusivo, bisogna pensare a qualche altra cosa.

Si potrebbe, ad esempio, pensare che è abusiva la domanda giudiziale presentata a scopi defatigatori, ben consapevoli della sua infondatezza (così dando rilievo all'intenzione dell'autore). Ma è evidente che, se applicassimo la regola secondo cui l'atto processuale abusivo è viziato, dovremmo pervenire alla conclusione che il giudice, in questi casi, non debba rigettare la domanda nel merito, ma debba dichiararla inammissibile o nulla, quasi che non esista diritto d'azione se qualcosa sia manifestamente infondata nel merito.

Non risulta che finora ci si sia spinti a tanto, in quanto l'abuso del/nel processo può emergere solo quando il soggetto si trovi in una situazione di discrezionalità in qualche modo vincolata. L'esempio della domanda temeraria ci aiuta però a comprendere che l'abuso del o nel processo, qualora rilevante, non riguarda l'atto abusivo, ma il comportamento processuale nel suo complesso, così che l'ordinamento, salvo che non sanzioni espressamente l'atto, dichiarandolo invalido, inammissibile eccetera, reagisce contro il comportamento complessivo con sanzioni di tipo risarcitorio, quali sono, ad esempio, previste dall'articolo 96 c.p.c.

La moltiplicazione delle liti è ben possibile anche quando il difensore, piuttosto che accoppare in unico processo domande giudiziali di soggetti diversi, fondate sulla medesima *causa petendi*, preferisce proporre tante domande quanti sono i soggetti interessati.

Anche queste sono pratiche, per così dire, abusive. Per contrastarle, potremmo immaginare l'inammissibilità delle domande successive alla prima? Sicuramente no. L'unica via è quella della riunione d'ufficio, così come è previsto testualmente dall'articolo 7 d.l. 112/2008, convertito nella l. 33/2008 per le controversie previdenziali.

Nel campo del diritto sostanziale, un esercizio del diritto non conforme allo «scopo» o alla «funzione» per cui è stato riconosciuto, si risolve in un danno per un altro soggetto equiordinato. Se l'atto è interno ad un rapporto inciso, nei casi regolati espressamente dalla legge, la sanzione è quella della nullità. Si prenda come esempio l'articolo 274 c.c. sul divieto di patto commissorio, che colpisce l'abuso di posizione dominante del creditore che, in epoca successiva alla costituzione dell'ipoteca o del pegno, impone al debitore di trasferire il bene offerto in garanzia ove il debito non sia soddisfatto. Se l'atto prescinde, poi, da un rapporto già attuale, la sanzione non può che rientrare genericamente nell'area del danno aquiliano. La tecnica a base degli atti emulativi (ex articolo 833 c.c.), rientra, a ben vedere, in questo schema (che finisce con l'essere estraneo alla logica dell'abuso del diritto).

Nel corso del processo (ossia quando si agisce in una condizione di discrezionalità ampiamente limitata), le cose si pongono diversamente. Le attività processuali non hanno come destinatarie dirette le parti, anche se, per nostalgici influssi liberali, si voglia rispolverare la teoria del rapporto processuale. Infatti, anche in questa prospettiva, l'attività processuale della parte non è necessariamente filtrata dal giudice. Ciò comporta che spetta al legislatore soltanto di stabilire le conseguenze del comportamento processuale abusivo, valendo la riserva di legge in ordine alla materia processuale posta dall'articolo 111 Cost. così che una ricaduta sul regime degli atti non può essere fissata ad opera della giurisprudenza, perlomeno nel nostro sistema, che non consente al giudice di fare le leggi.

Con le conseguenze che, allo stato, in mancanza di previsione esterna, le conseguenze derivabili dal sistema non possono che concretarsi in sanzioni per colpire i comportamenti (siano quelle relative al governo delle spese, siano quelle che, implicando violazioni di norme deontologiche, si risolvono in sanzioni disciplinari).

Posto che non spetta al giudice di sanzionare con la nullità, l'inammissibilità o l'irricevibilità, l'atto abusivo – laddove tale sanzione non è prevista –, è da chiedersi quali siano le conseguenze quando egli si appropria indebitamente di tale potere.

Il tema dell'abuso di potere nel processo fu indagato negli anni Venti, soprattutto per porre la differenza con l'incompetenza e con la mancanza di potere giurisdizionale. In queste ipotesi, il vizio non può che investire lo stesso processo, così che l'abuso del giudice necessariamente determina una nullità che, tuttavia, non sempre costituisce sanzione adeguata.

Viene in mente, pensando a situazioni in cui l'abuso del giudice non si scarica per l'intero sul contenuto dell'atto finale, la violazione dell'attuale articolo 101, secondo comma c.p.c.

Qui sarebbe ingiusto se, alla nullità dell'atto compiuto dal giudice in violazione del contraddittorio, non s'accompagnasse, quando il diverso opinamento giudiziale rende necessario accertamenti di fatto, ma (non evitabile) rimessione in termini delle parti, così che l'unica sanzione effettiva, una volta sanato il vizio, finisce con l'essere quella di carattere disciplinare a carico del magistrato. Che si tratti di sanzione oggettiva ed efficace, è tutt'altro discorso.

Molte delle decisioni innovative della Suprema Corte di questi ultimi tempi, hanno sullo sfondo il compimento di atti processuali all'interno del processo, e quindi quando la catena degli atti fra loro collegati ha già avuto inizio.

Se la motivazione a base del mutamento giurisprudenziale sta nell'esigenza di perseguire l'effettività della tutela giurisdizionale e, con essa, la ragionevole durata del processo, è evidente che i giudici scaricano sul regime degli atti processuali posti in essere dalle parti le conseguenze del ritenuto carattere abusivo, e ne dichiarano l'invalidità/l'inammissibilità.

Prendiamo, come esempio, alcuni casi che hanno sollevato maggiori dissensi in dottrina. Primo luogo: riscrittura dell'articolo 37 c.p.c.

Quando la Suprema Corte, sorvolando sulla lettura della disposizione, afferma che la parte non può proporre dinanzi a lei la questione di giurisdizione se non l'ha sollevata già in appello (e ciò anche se in primo grado aveva avuto ragione nel merito), ritiene implicitamente che prospettare tale questione in sede di legittimità costituisce esercizio abusivo di un potere processuale, in quanto si propone al giudice di legittimità una questione che si sarebbe dovuta proporre al giudice del merito, con riguardo per la ragionevole durata del processo. Quando i giudici insegnano che essi possono non ammettere che il convenuto chiami il terzo in giudizio, si riconoscono il potere di valutare se la chiamata del terzo si presenti come abusiva in quanto meramente dilatoria.

E quando si svaluta la rilevanza, in sede d'impugnazione, del vizio processuale (fosse anche la violazione del contraddittorio), se a tale violazione non si accompagna una ricaduta sulla decisione di merito della controversia, ancora una volta si considera non meritevole, e quindi abusiva, l'impugnazione che tale vizio deduca.

C'è carenza tra queste decisioni e la giurisprudenza in tema di frazionamento delle domande, perché, anche in questa ipotesi, la funzione dell'atto (qui, quella d'imporre al giudice una valutazione espressa sulla questione di giurisdizione, o di far partecipare al processo un terzo o di denunciare la violazione processuale) non è rispettata, se l'atto medesimo non è posto in essere all'esito della prima situazione processuale nella quale il suo compimento si è reso possibile, o comunque se lo scopo (*rectius*, l'intento) perseguito sia in contrasto con l'esigenza di ragionevole durata.

La ragionevole durata del processo e l'effettività delle giustizia, fungono da trasformatore delle funzioni di tutti gli atti processuali, talché esse funzioni sono violate quando non siano coerenti con un'interpretazione «costituzionalmente orientata». Il giudice diventa arbitro, nello stabilire se l'atto processuale è «meritevole» d'esser preso in considerazione e il soggetto, prima di porlo in essere, deve non tanto valutare se la legge processuale glielo consenta, quanto investigare se, per il modo e il tempo in cui è compiuto, e per le finalità in concreto perseguitate, possa varcare il controllo di «meritevolezza» che i giudici si sono autoassegnati.

Si dice che l'indagine giudiziale debba esser condotta secondo parametri obiettivi, così che l'intenzione dell'agente non ha conseguenze se non ha, in concreto, disturbato il normale andamento del processo. Per esemplificare, potrebbe la parte fare richieste istruttorie eccessive, pur di rallentare i tempi processuali, ma ciò sarebbe senza conseguenza se il giudice, usando dei suoi poteri direttivi, le accogliesse nei limiti dello stretto necessario o, addirittura, le rigettasse totalmente. Ma, quando gli atti sono soggetti al controllo del giudice, il problema finisce col non avere rilevanza concreta.

Già esso si porrebbe in maniera diversa, per stare al tema delle prove, se la parte scaricasse nel fascicolo processuale centinaia di documenti, sulla cui ammissibilità non esiste un efficace controllo preventivo.

Il problema in concreto si pone quando l'atto è in grado di conseguire il risultato per il quale è stato predisposto dal legislatore, a prescindere da qualsiasi filtro giudiziale.

In questi casi, la dottrina dell'abuso non può fare a meno di un'indagine sull'elemento soggettivo. Ma, anche per questa strada, salvo che sia la legge a colpire direttamente l'atto, si deve pervenire alla conclusione che la sanzione riguarda il comportamento, in quanto sia idoneo a produrre danno.

Non è escluso, in questa prospettiva, che il soggetto pregiudicato sia non solo la controparte, ma anche lo Stato (così che la sanzione possa atteggiarsi non come meramente risarcitoria della parte lesa, ma anche sanzionatoria di un comportamento comunque illecito e contrastante con l'ordinato svolgimento del processo).

Fino ad oggi, abbiamo pensato che il giudice debba dichiarare una prova inammissibile se c'è una disposizione di legge che ne escluda l'ingresso nel processo e che debba valutare, sulla base di un non facile giudizio prognostico, se la prova raccolta serva in qualche modo alla formazione del convincimento giudiziale.

La convinzione prevalente era che, nel dubbio su tale prognosi, fosse preferibile ammettere la prova piuttosto che escluderla. Oggi, potrebbe avvenire che l'orientamento dei giudici finisca con l'atteggiarsi su di una linea diversa e di maggiore rigore, in nome del principio di efficienza e di ragionevole durata.

Una vicenda specularmente opposta a quanto ora descritto è quella che ci offre il processo penale, riguardo al quale il legislatore attuale finisce col contrastare il principio della ragionevole durata, considerando inammissibili gli orientamenti della giurisprudenza tesi ad evitare richieste di prove che sembrino ispirate a ragioni meramente dilatorie. Qui, il legislatore finisce con il legittimare le attività abusive.

A guisa di postilla, un recente provvedimento.

Un giudice dell'esecuzione, ritenendo infondata una richiesta di sospensione dell'esecuzione collegata ad un'opposizione di merito pendente, ha condannato l'opponente al pagamento delle spese processuali e ad un risarcimento, neppure richiesto, pari al decuplo della somma per la quale aveva liquidato le spese.

Quindi, qualora i giudici, nell'adoperare gli strumenti repressivi di condotte abusive, non usino la necessaria moderazione, rischiano di fare ricorso a misure di tipo coercitivo, che minano in radice il corretto esercizio del diritto di difesa.

In altri termini, se è da combattere l'abuso nel processo, egualmente bisogna guardarsi da ciò che si annida sull'altra faccia della medaglia: l'eccesso di potere giurisdizionale.

TESTI CONSULTATI PER LA STESURA:

- Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discorso preliminare al primo progetto di Codice Civile*, a cura di Roberto Calvo, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli-Roma, 2013;
- Giovanni Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli-Roma, 2012. Introduzione di Natalino Irti; postfazione di Gerardo Bianco;
- Francesco D. Busnelli e Salvatore Patti *Danno e responsabilità civile*. Collana "Studi di Diritto privato", diretta da F.D. Busnelli, S. Patti, U. Scalisi, P. Zatti, Giappichelli Editore, Torino, 2013;
- Aldo Sandulli (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, volume 7 del *Corso di diritto amministrativo*, diretto da Sabino Cassese, Giuffrè Editore, Milano, 2013.

Avv. Monica Cito