amministrativamente
Numero 11/12 – Novembre/dicembre 2010

L'incertezza sui principi del processo amministrativo

DI GIAMPAOLO ROSSI

Relazione al convegno sul tema "La Codificazione del processo amministrativo: il d.lgs. n. 104/2010", organizzato dall'Associazione Amministrativ@mente presso il Dipartimento di istituzioni pubbliche, economia e società dell'Università degli Studi Roma Tre il 14 dicembre 2010.

La parte sui principi è forse la meno riuscita di questa buona opera giuridica che è il codice del processo amministrativo e questa incertezza deriva, in realtà, da alcune, più profonde, incertezze sul modo di intendere la giustizia amministrativa.

Il codice stabilisce nel titolo I, capo I, i "**principi generali**" della giurisdizione amministrativa: sono quelli di **effettività** (art. 1: la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo), del **giusto processo** (art. 2: parità delle parti, contraddittorio, e ragionevole durata), della **motivazione e sinteticità** degli atti (art. 3).

Il progetto del codice, che è stato poi modificato dal Governo, prevedeva altri principi che non sono stati inseriti nella versione definitiva: il diritto della parte alla decisione di merito, la corrispondenza fra chiesto e pronunciato, il pieno accesso agli atti, l'incidenza del rilievo costituzionale degli interessi azionati ai fini della ragionevole durata.

La legge di delega prevedeva, fra le finalità del codice, il coordinamento con le norme del **codice di procedura civile "in quanto espressione di principi generali"**; l'art. 39 del codice stabilisce che "per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili **o** espressione di principi generali".

Ci si potrebbe soffermare, volendo, su alcuni dubbi interpretativi: porsi ad esempio il problema se il principio effettività abbia un significato ulteriore rispetto a quello della pienezza della tutela, o, ancora, se vada dato un qualche significato alla norma che collega la tutela ai principi della Costituzione e del diritto europeo senza far riferimento anche alla legge.

Ma la prima domanda in ordine alle "effettività" si deve fare proprio a proposito di queste norme: se non ci fossero cosa cambierebbe

nell'ordinamento del processo amministrativo? Anzi, più radicalmente , cambierebbe qualcosa e o non cambierebbe nulla? Questi principi sono già tutti nella Costituzione e non valgono solo per il processo amministrativo. La questione si pone, in realtà, per tutte le norme che, nei diversi settori dell'ordinamento, contengono del "principi".

Nella maggior parte dei casi, i principi sono elaborati dalla giurisprudenza, che li desume dalle norme, attraverso una interpretazione evolutiva, e soprattutto da quelle a contenuto indeterminato presenti nella Costituzione e nelle carte dei diritti. Molto spesso il legislatore insegue la giurisprudenza, dando veste legislativa a principi che hanno già valore normativo e applicazione giurisprudenziale. Anche nel caso di questo codice, fra i criteri direttivi stabiliti dalla legge di delega (art. 44, c. 1 l. 69/2009) vi era quello di "**adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza** (non solo) della Corte Costituzionale e (anche a quella) delle giurisdizioni superiori".

Al di la di questo problema di carattere generale, la questione principale che si pone è la seguente: esistono dei principi propri del processo amministrativo, diversi da quelli del processo civile? Vi sono, vi devono essere, nel processo amministrativo alcuni caratteri essenziali che lo differenziano dal processo ordinario, dal processo nel quale un soggetto cita davanti a un giudice (che chiamiamo, appunto, "ordinario") un altro soggetto a fronte del quale ritiene di vantare dei diritti, determinando così il tema del processo , l'ambito della decisione del giudice, e le due "parti" contendono fra loro sostenendo le proprie ragioni?

Se non vi fosse nessuna differenza, che senso avrebbe non **applicare semplicemente e totalmente il codice di procedura civile** e quindi, poi, che senso avrebbe il giudice speciale?

Nessuno dubita, oramai, che il processo amministrativo è un processo fra le parti, poste in posizione di parità di fronte a un giudice terzo; la tutela è piena, soprattutto da quando comprende anche il risarcimento del danno. Ma, allora, perché differenziarlo dal processo ordinario?

Una parte della dottrina amministrativistica italiana (ad es. Merusi, Travi) parte proprio, anche se non esplicitamente, da questa convinzione e le proposte che ha formulato durante la redazione del codice sono state tutte tese a riprodurre le norme del processo civile: tempi più lunghi per attivare il processo quanto meno per il risarcimento, esistenza di un giudice istruttore, onere della prova e ampiezza dei mezzi probatori, tipologia delle azioni proponibili, a partire

da quella di accertamento , poteri del giudice, piena corrispondenza fra ciò che viene chiesto e ciò che viene deciso. Nessuno ha proposto però di applicare anche la parte del c.p.c. sull'esecuzione delle sentenze perché le norme del processo amministrativo sono più efficaci.

Non si può però misurare la bontà della riforma solo sul parametro della distanza che la separa dal c.p.c.. Se la tesi di fondo è che si debba semplicemente applicare il c.p.c. tanto vale dichiararla, senza spezzettarla in ciascun dei suoi corollari. Allora si ha l'onere dimostrare che questo codice sarebbe adeguato. Se invece non è questa la tesi di fondo allora bisogna cercare di capire quali sono le ragioni che differenziano il processo amministrativo da quello civile.

Molti studiosi danno delle residue differenze fra i due processi una **spiegazione di carattere storico**: si è passati gradualmente da un ricorso che aveva carattere amministrativo di fronte a un organismo di incerta natura a un ricorso certamente giurisdizionale di fronte a un giudice terzo. L'aumento delle tutele ha progressivamente conferito un carattere sostanziale all'interesse legittimo e arricchito il processo amministrativo rispetto al semplice modello di annullamento degli atti, fino a giungere a una tutela piena. Le nuove norme di procedura prendono atto di questa evoluzione ma risentono inevitabilmente delle origini e della storia del processo amministrativo.

Se così fosse, però, la conclusione più coerente sarebbe solo quella che le residue differenze con il processo ordinario vanno superate e che, allora, si deve applicare pienamente il codice di procedura civile (e di fronte allo stesso giudice) .

A maggior ragione, per tornare al nostro tema, **non esisterebbe, quindi, alcun "principio" proprio del processo amministrativo.**

L'incertezza su questo profilo si è riflessa anche nella formula dell'art. 39 ove, come si è visto, si stabilisce che "per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili **o** espressione di principi generali". La lettera della norma fa ritenere che le norme del codice del processo amministrativo potrebbero, anzi dovrebbero, essere disapplicate dal giudice ove contrastanti con i principi generali del codice di procedura civile. Si tratta di una evenienza astrattamente configurabile ma che in concreto sembrerebbe implicare il dubbio che le norme del codice del processo amministrativo possano essere state mal scritte.

La riflessione che va avviata verte ora su questo punto essenziale: dando per scontato, perché è ormai acquisito, che il processo amministrativo è un processo fra parti uguali, davanti a un giudice terzo e realizza la pienezza della tutela, **esistono delle ragioni che spiegano e richiedono una diversa struttura e quindi alcuni diversi principi del processo**?

A deporre in senso positivo indurrebbe l'osservazione che il processo amministrativo non solo sopravvive, con proprie norme, nei paesi in cui è nato, ma si estende anche nei paesi che si danno un nuovo ordinamento, come la Cina e anche in quelli, come l'Inghilterra, nei quali si riteneva che il giudice ordinario fosse anche il giudice della pubblica amministrazione quando agisce come potere (il che non era vero, perché si è confusa la mancanza di tutela specifica con la pienezza di una uguale tutela).

La spiegazione storica non è quindi soddisfacente; non spiega, ad esempio perché in Inghilterra nel processo al potere amministrativo, che si svolge di fronte al giudice ordinario ma a sezioni speciali dello stesso (come anche in Spagna), esista ancora la pregiudiziale amministrativa.

La risposta positiva alla domanda non può però basarsi sull'idea che il giudice amministrativo debba farsi carico della **permanenza di un privilegio della pubblica amministrazione**, derivante dalla necessità di far prevalere l'interesse pubblico su quello privato, che conferirebbe una **rilevanza "politic**a" (Carnelutti e Nigro) al processo amministrativo.

Questa risposta è ormai sbagliata e incostituzionale, perché è incompatibile sia con il principio di pienezza della tutela sia con quello che stabilisce la subordinazione del giudice alla legge. È la legge che determina il punto di equilibrio fra potere pubblico e diritti dei privati e non una opzione soggettiva del giudice amministrativo e, tra l'altro, il fenomeno della predeterminazione normativa dell'assetto degli interessi è sempre più marcato.

Alcune tesi recentemente avanzate (ad es. da G. Romeo) partendo dalla premessa che il giudice amministrativo è il giudice del pubblico potere, arrivano a soluzioni francamente paradossali, riconoscendo al giudice amministrativo il potere di "pervenire a una soluzione giusta (sostanzialmente, di merito) sacrificando la fattispecie legale in omaggio a una visione che sostituisce quella del legislatore"; secondo Romeo "*il quid proprium"* del processo amministrativo è la determinazione degli interessi, per via giurisdizionale, in capo a un soggetto, e non la soluzione di un conflitto tra contrapposti interessi" (!). Quando, poi, il contenzioso è fra pubbliche amministrazioni, al giudice

amministrativo spetta, secondo questo tipo di impostazione (v. Quinzio), il potere di arbitro fra le diverse posizioni.

Queste impostazioni sono sbagliate. Il ruolo creativo del giudice è di tutta evidenza e lo è in particolare quello del giudice amministrativo perché la maggior complessità delle vicende processuali e la maggiore mobilità dei rapporti fra le persone e la P.A. lasciano più spazio alla comprensione dei fatti e all'assetto da dare agli interessi. Il carattere sempre più penetrante del sindacato sull'eccesso del potere, che comprende ormai anche il criterio di proporzionalità e ragionevolezza, avvicina certamente il giudizio del giudice amministrativo a quello di equità.

Sull'**equità** andrebbe fatta una riflessione più attenta. Il giudice ordinario può decidere in equità "se le parti gliene hanno fatto concorde richiesta" (art. 114).

Non vi è una norma del genere nel codice del processo amministrativo; per quale ragione? Perché esso deve pronunciarsi sempre "secondo diritto" o per il pudore di non dire che in realtà il criterio equitativo è sempre alla base delle sue decisioni?

Su questi problemi deve avviarsi un approfondimento che parta proprio dell'esaminare l'ipotesi della compatibilità fra la decisione equitativa e quella di legittimità, soprattutto se ci si riferisce alla legalità sostanziale, quella cioè che è sempre fondata sulla legge ma soprattutto sulla sua *ratio* anziché solo sulla sua forma. Mentre il "merito" implica una scelta fra gli interessi, l'"equità" ne individua l'assetto più giusto nel quadro di un assetto normativo determinato. Su questi temi sarebbe bene riprendere le problematiche affrontate soprattutto dalla dottrina civilistica, a partire da Scialoja, da quella penalistica (Bettiol) e da quella canonistica (Fedele) e solo raramente da quella amministrativistica (Cammeo) sui rapporti fra *ius strictum* e *ius aequum.*

L'eccesso di potere resta comunque un vizio di legittimità e lo stesso criterio equitativo (se lo si voglia sostenere) si svolge sempre all'interno del diritto positivo, sia pure spingendosi fino al confine cui può arrivare l'interpretazione evolutiva e la ricerca di una *ratio* normativa che libera l'amministrazione, prima del giudice, da vincoli che abbiano solo carattere formalistico (come da tempo hanno chiarito il Conseil d'Etat francese e il nostro giudice amministrativo).

La pienezza della tutela e la diminuzione del carattere essenzialmente impugnatorio e di annullamento del processo amministrativo può indurre

nell'errore di dare per superato il principio del processo amministrativo che è e resta, salvo che per la giurisdizione esclusiva e altri profili marginali, quello di verificare che l'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione risponda alla norma che lo contempla.

Anzi, è proprio da questa caratteristica che va ricercata la **specialità del processo amministrativo** e di alcuni profili che lo reggono.

Un processo che decide la controversia sulla base di una valutazione della legittimità dell'esercizio di un potere ha indubbiamente alcune caratteristiche che lo differenziano rispetto al normale processo civile che ha un contenuto essenzialmente patrimoniale e attiene a interessi disponibili.

Basta pensare alla necessaria presenza nel processo dei **contro interessati** al ricorso (figure eventuali, invece, nel processo civile).

Il pubblico potere, ormai completamente giuridicizzato, è posto, nel giudizio, in posizione di parità, di parte che ha la stessa posizione del ricorrente, ma è diversa la sua posizione che sta a monte del processo, che è connotata, insieme, dal potere di incidere unilateralmente (in senso sfavorevole o favorevole) sulle situazioni giuridiche soggettive del privato, e dalla doverosità dell'esercizio della funzione.

E anche la posizione a valle del processo è diversa, per lo più in senso sfavorevole per la pubblica amministrazione, perché trattandosi di attività doverosa, si possono attribuire (e infatti si sono attribuiti) al giudice poteri nella **fase di esecuzione** delle sentenze più forti di quelli che ha il giudice civile, che non riesce ad andare oltre agli effetti patrimoniali e non può costringere il privato a un "fare". Non servono quindi alla fase di esecuzione del processo amministrativo le varie decine di articoli che nel codice di procedura civile disciplinano la fase di esecuzione del processo.

I maggiori **poteri del giudice**, anche nella ricostruzione del fatto e nella acquisizione delle prove, si giustificano per la caratteristica che ha il processo che tende a dichiarare quale fra le parti abbia "ragione" ma lo fa verificando la legittimità dell'agire amministrativo.

Anche il giustamente apprezzato codice tedesco del processo amministrativo, costruito sull'idea del rapporto amministrativo e non sulla supremazia dell' Amministrazione, mantiene al processo un carattere inquisitorio che non condiziona la decisione del giudice solo alle prove fornite dalle parti.

Del resto, e sia pure in un contesto diverso che non può essere qui richiamato per analogia, anche per il giudice ordinario, quando in sede di Cassazione si debba affermare un principio di diritto, il ricorso può essere deciso, ad iniziativa del procuratore generale, prescindendo dalle richieste delle parti e anche quando queste abbiano rinunciato al ricorso (art. 363 cpc).

Non mi soffermo in particolare sulla mancata previsione delle **azioni di accertamento** perché tutti i commentatori hanno chiarito che, in realtà, esse sussistono, sia pure attraverso l'espediente del silenzio (forse poi non si tratta di un espediente perché per l'esercizio dei poteri è proprio il silenzio che richiede un accertamento).

Infine, l'altro profilo che maggiormente differenzia la giustizia amministrativa da quella civile è quello della **tempistica** per ricorrere e per chiedere il risarcimento del danno.

La celerità del processo non è fra le caratteristiche più evidenti alle quali è informato il codice di procedura civile, a partire dall'esistenza di un giudice istruttore che, sì, deve tendere "al più sollecito…svolgimento del processo" (art. 175, c.p.c) ma che può fissare i termini senza vincoli stabiliti dalla legge. L'idea sottostante è che il carattere patrimoniale della controversia consente la compensazione della eventuale lunga durata con la corresponsione degli interessi.

Anche a questo proposito la questione va affrontata a monte del processo e cioè da un lato nella circostanza che la decisione si basa su un giudizio sulla legittimità dell'esercizio di un pubblico potere e che quindi non può restare indefinita per i tempi ordinari di prescrizione dei diritti e, dall'altro, in un contesto di aumento esponenziale delle situazioni di doverosità delle pubbliche amministrazioni, dalla impossibilità di lasciare per lungo tempo indeterminate le conseguenze patrimoniali dell'azione amministrativa.

Su questi aspetti e cioè sui caratteri che può e deve avere un processo che decide la fondatezza della pretesa sulla base di un giudizio di legittimità dell'esercizio di un potere, deve svolgersi l'approfondimento dei principi propri di questo tipo di processo.

Con questo approccio si può, anzi, meglio **verificare se qualche profilo specifico è rimasto solo per ragioni storiche** e va quindi eliminato.

Per esempio sono improprie le applicazioni dell'insieme di questi principi specifici alla giurisdizione esclusiva. Qui la soluzione forse sta nel restringerne

l'ambito o nell'applicare ai profili incidenti sui diritti soggettivi le norme del codice di procedura civile.