

Maria Alessandra SANDULLI
prof. ord. di Giustizia amministrativa
Università di Roma Tre

FONTI E PRINCIPI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

Relazione al Convegno su “La Codificazione del processo amministrativo nel terzo millennio” –Roma, 20 maggio 2008 . Palazzo Spada.

Desidero innanzi tutto ringraziare gli Autori del *Manuale* e gli organizzatori di questo incontro (e non si tratta della solita frase di circostanza) per avermi invitato a partecipare a questa importante iniziativa e per avermi affidato un tema di così grande spessore ed interesse.

L'attenta ed articolata ricognizione delle fonti e, soprattutto, la specifica e puntuale enucleazione dei principi che attualmente regolano il processo amministrativo svolta da Rosanna **De Nictolis** nel *Manuale* (alla quale rivolgo davvero un sincero apprezzamento) mi consente di operare a questi fini un mero rinvio “*per relationem*”, dedicando piuttosto il mio intervento, per un verso, a rappresentare l'esigenza, a mio avviso ormai irrinunciabile, di un intervento legislativo organico di riscrittura della disciplina del processo amministrativo e, per l'altro, a cercare di tracciare, sulla base appunto dei principi sovraordinati, le linee guida alle quali detto intervento dovrebbe ispirarsi.

Quello delle fonti e dei principi della giustizia amministrativa è argomento che assurge, in questo periodo più che mai, alla massima attualità: io stessa lo scorso anno ho sentito l'esigenza di organizzare all'Università di RomaTre un convegno sul ruolo del giudice, con particolare riferimento alle magistrature supreme, allo scopo appunto di stimolare una riflessione comune sul ruolo che, nell'attuale contesto storico, giuridico ed istituzionale, le Corti supreme – tra le quali, evidentemente, il Consiglio di Stato occupa una posizione di massimo rilievo- sono chiamate a svolgere: in quell'occasione, per ovvie e naturali propensioni scientifiche e professionali, ho fermato soprattutto l'accento sul ruolo affidato, in generale, al giudice amministrativo: un ruolo che, come noto, è arricchito e di conseguenza in parte modificato, dai nuovi delicatissimi settori economici rimessi alla sua giurisdizione esclusiva (penso, non soltanto alla materia dei contratti pubblici, ma anche a quelle dei giudizi contro gli atti delle Autorità indipendenti), che gli hanno giustamente valso l'appellativo di “giudice naturale dell'economia”, chiamandolo alla cura di interessi che trascendono quelli specifici dell'amministrazione, per garantire piuttosto, nell'interesse generale della società, il rispetto delle regole del mercato, anche e soprattutto da parte delle pubbliche Amministrazioni e dei soggetti che, per un collegamento diretto o indiretto con queste ultime, vantano una posizione di forza suscettibile di alterare una sana concorrenza.

In altre parole, e il profilo è stato lucidamente posto in luce nelle Relazioni di apertura dell'anno giudiziario del Consiglio di Stato e dei TTAARR, il processo di trasformazione dello Stato cui si è assistito soprattutto alla fine del secondo millennio, non poteva non influire anche sull'assetto e sulle tecniche della tutela affidata al giudice amministrativo: lo dimostrano, oltre alle più frequenti azioni di accertamento dei diritti oggetto di giurisdizione esclusiva, l'ammissione dell'azione risarcitoria per la lesione degli interessi

legittimi, nonché, in termini di non minore rilievo, l'apertura al giudizio sulla spettanza del bene della vita nel rito sul silenzio e in quello sull'accesso, presumibilmente prodromica, come giustamente messo in luce da **F. Caringella** nel *Manuale* che oggi presentiamo, ad una corrispondente evoluzione giurisprudenziale della tutela avverso il diniego esplicito dovuti (da tenere peraltro necessariamente distinti da quelli meramente vincolati nel contenuto). I mutamenti del processo hanno peraltro significativamente interessato anche l'istruttoria, con l'ammissione generalizzata della c.t.u. e con quella dei mezzi di prova civilistici nei casi di giurisdizione esclusiva, la tutela cautelare, con l'introduzione della tutela monocratica d'urgenza e della tutela *ante causam* nella materia dei contratti pubblici. Una innegabile modifica nell'attuale assetto del sistema di giustizia amministrativa va parimenti riconosciuta all'introduzione dei riti speciali nelle materie di maggiore rilevanza economica ed organizzativa e a quelle delle misure di semplificazione/accelerazione del processo.

Il rapporto tra le modifiche del processo e il nuovo ruolo del giudice amministrativo è di immediata evidenza: il nuovo "giudice dell'economia" deve assicurare una tutela certa, rapida ed effettiva, contribuendo a garantire la competitività del Paese.

Tale ruolo deve essere peraltro necessariamente inquadrato – e definito o, per quanto occorra, ridefinito – nell'ambito dei principi di rango costituzionale e comunitario che ne costituiscono le fonti primarie di disciplina e alla luce dei quali è necessario ricostruire e valutare l'attuale sistema di giustizia amministrativa e la vigente disciplina del processo amministrativo.

Il discorso sui principi si lega in questo modo molto strettamente a quello delle fonti: è noto che, a differenza del processo civile e di quello penale, il processo amministrativo, così come del resto lo stesso diritto amministrativo sostanziale, non ha un "codice", trovando ancora la sua frammentata disciplina in alcune leggi fondamentali (la l. n. 2248 del 1865, all. E di abolizione del contenzioso amministrativo, il T.U. delle leggi sul processo davanti al Consiglio di Stato del 1924, il regolamento di procedura davanti alle sezioni giurisdizionali del medesimo organo giurisdizionale, risalente a sua volta al 1907 - regolamento al quale, come noto, la Corte costituzionale ha di recente espressamente riconosciuto il rango di fonte legislativa: sent. n. 441 del 2005-, la l. n. 1034 del 1971, istitutiva dei TT.AA.RR. e, da ultimo, la l. n. 205 del 2000, come in parte riscritta dalla sentenza n. 204 della Corte costituzionale), integrate da disposizioni diverse, che l'interprete deve faticosamente reperire nelle leggi generali (mi riferisco alla riforma della l. n. 241 del 1990 e ai suoi dirompenti eccessi sul processo) e di settore (penso per tutte alla parte V del codice dei contratti pubblici, ma anche a quelle che introducono ipotesi di giurisdizione esclusiva o incidono sui termini di impugnazione o sulla competenza). Il *Manuale* che oggi presentiamo ha, tra l'altro, il merito di offrire (per mano di **R. De Nictolis**) un quadro di massima delle principali norme di riferimento, non senza ricordare la vasta congerie di ulteriori disposizioni che sono significativamente definite "*disposizioni processuali sparse di ordine speciale*", e delle quali, proprio per la loro ampiezza, l'A. esclude l'opportunità di dare un'indicazione unitaria completa, rinviando alle trattazioni dei singoli istituti. Un ruolo di massimo rilievo spetta poi, come noto, alle disposizioni del codice di procedura civile, di cui peraltro la stessa **R. De Nictolis** rileva un ruolo addirittura "*quadruplica*", giustamente denunciando il margine di incertezza che inevitabilmente si riscontra in ordine alla concreta utilizzabilità della predetta fonte codicistica nel processo amministrativo, incertezza che se è indubbiamente maggiore per la trasposizione dei principi e per l'applicazione analogica di norme ed istituti del processo civile in quello amministrativo (la cui peculiarità ed autonomia sono state significativamente sottolineate anche dalla Corte Costituzionale), non risparmia neppure

l'esatta portata e l'ambito del rinvio a puntuali disposizioni del codice da parte di specifiche norme sul processo amministrativo (significativi i dubbi relativi alle disposizioni sull'interruzione del processo o sulla revocazione). Proprio il raffronto con le regole della procedura civile e il ruolo che ad esse si deve riconoscere nella disciplina del processo amministrativo sta del resto alla base di uno dei temi allo stato più dibattuti della giustizia amministrativa: le caratteristiche e i poteri del giudice di appello, con particolare riferimento all'ammissibilità di nuove eccezioni e di nuove prove e alla necessità di una critica puntuale della sentenza di primo grado: il contrasto giurisprudenziale e la conseguente gravissima incertezza interpretativa su quest'ultimo punto sono magistralmente ricostruiti in una recente pronuncia della V Sezione (est. M. Lipari) del 21 novembre 2007 (n. 5926).

La confusione sulle fonti è comunque massima. Soltanto qualche settimana fa, mi si perdoni il riferimento personale, mi è capitato tra le mani un provvedimento con il quale il Ministero dello sviluppo economico ha irrogato una sanzione pecuniaria ad un'impresa di assicurazioni, indicando un termine a ricorrere dinanzi al TAR del Lazio pari a soli 30 gg., evidentemente mutuato da quello previsto dall'art. 22 l. n. 689 del 1981 per l'opposizione dinanzi al pretore avverso la generalità delle sanzioni amministrative pecuniarie: bene, tale "dimidiazione" non appare supportata da alcuna specifica fonte normativa e gli stessi uffici del Ministero, da me espressamente intervistati sul punto, non hanno saputo dare una risposta (ciò che evidentemente ha costretto l'impresa a rinunciare, nel dubbio, all'intero arco temporale a sua disposizione per predisporre un'idonea difesa).

A ciò si aggiunga la gravissima situazione di incertezza che, dal tradizionale e mai definito campo del riparto di giurisdizione (che si estende oggi alla procedura applicabile per la *traslatio iudicii* e, come dimostra la recente sentenza TAR Lazio, 3 marzo 2008 n. 1946, gli stessi casi di applicabilità di tale strumento), – le cui problematiche sono puntualmente evidenziate e sapientemente affrontate da R. **De Nictolis** e V. **Poli**) – si estende e pervade - in termini estremamente gravi e (come ho già avuto modo di denunciare in altre occasioni) assolutamente inaccettabili – altri profili del processo, come l'obbligo di segretezza del dispositivo (di cui onestamente non si riesce a comprendere la ragione) il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, l'ambito di applicabilità del rito sul silenzio (con riferimento non soltanto ai limiti del sindacato sulla fondatezza della pretesa e alla possibilità di espletarlo nelle forme più snelle, ma meno garantiste di quello sul silenzio, ma anche alla possibilità di utilizzare il predetto strumento anche nelle ipotesi di silenzio significativo, come sostenuto in una recentissima sentenza del TAR Lazio) o ancora le modalità e gli stessi presupposti per la proposizione dei motivi aggiunti diretti all'impugnazione di provvedimenti connessi ad altri già impugnati, o il rito (in camera di consiglio o in udienza pubblica) per l'appello avverso le decisioni di esecuzione delle sentenze di primo grado. Gravi incertezze si riscontrano, parimenti, per la stessa individuazione degli atti impugnabili (al tradizionale dibattito sull'onere di immediata impugnazione dei regolamenti e delle circolari si aggiunge, tra gli altri, il problema della tutela avverso la DIA, sul quale meno di dieci giorni fa ci ha intrattenuto in altra sede Roberto **Giovagnoli**), nonché, come testimoniano le più recenti decisioni dell'adunanza plenaria e della Corte di giustizia europea, per la legittimazione ad impugnare. L'apertura al risarcimento del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi, oltre al più classico e non ancora definitivamente risolto tema della pregiudiziale di annullamento (riproposto in tutta la sua complessità dalla recentissima direttiva ricorsi n. 66 del 2007), con i conseguenti riflessi sulla decorrenza del termine di prescrizione, pone a sua volta delicati problemi di rilettura dell'interesse a ricorrere (v. CdS, n. 1137/08). Non si può, inoltre, non rilevare la discrasia tra il persistente obbligo di richiesta esplicita della fissazione dell'udienza di discussione (ex art. 23, comma 1 l. TAR) e le nuove ipotesi di fissazione

accelerata di tale udienza in caso di accoglimento dell'istanza cautelare (soprattutto, ma non soltanto, nelle materie di cui all'art. 23 *bis*) o nei casi in cui, in sede di decisione su quest'ultima o su un'istanza istruttoria, il collegio giudicante riscontri la ricorrenza delle condizioni per la decisione in forma semplificata: a meno di subordinarle alla previa presentazione dell'istanza di fissazione, snaturandone in sostanza la finalità acceleratoria autonoma dall'iniziativa delle parti, si tratta, all'evidenza, di decisioni di merito su impulso dello stesso giudice, che contraddicono alla regola del necessario impulso di parte previsto dal citato art. 23.

Ma, soprattutto, non si può non denunciare il clima di assoluta incertezza che tuttora regna su alcuni termini processuali, con particolare, ma non esclusivo, riferimento alle materie contemplate dall'art. 23 *bis* della l. TAR: cominciando da queste ultime, mi riferisco, *in primis*, al termine di appello delle ordinanze cautelari (in relazione al quale, di fronte all'apposito, ma autonomo, termine di appello delle sentenze, che non segue quindi la regola generale della dimidiazione, appare parimenti sostenibile tanto la tesi della dimidiazione quanto quella della validità del termine ordinario), cui si aggiungono quello per la proposizione dei motivi aggiunti avverso i nuovi provvedimenti (che, dopo un apparente assestamento della giurisprudenza nel senso della non dimidiazione, coerentemente giustificata dal carattere meramente facoltativo dello strumento e dalla conseguente esigenza di non penalizzarlo rispetto al ricorso autonomo proponibile in via alternativa, sono stati indicati da alcune più recenti sentenze come termini abbreviati); o ancora quello per la proposizione del ricorso incidentale (che di nuovo, dopo una opportuna presa di posizione dell'adunanza plenaria nel senso della validità del termine ordinario di 60 gg., anche per doveroso parallelismo con i termini spettanti al ricorrente in via principale, vede la giurisprudenza più recente riaffermare, seguendo una lettura rigorosamente formalistica, il termine di 45 gg. dalla notifica, risultante dalla dimidiazione del termine di deposito del ricorso principale). Qualche dubbio è stato prospettato anche sulla possibilità di attribuire al termine di impugnazione del dispositivo carattere di termine decadenziale per la richiesta di sospensione della sentenza di primo grado.

L'incertezza sui termini processuali, come accennato, non riguarda però soltanto le materie di cui all'art. 23 *bis*: lasciando per il momento da parte la questione della decorrenza dei termini per impugnare un atto in cui manchi l'indicazione dei termini a ricorrere prescritta dalla l. n. 241 del 1990, o, soprattutto, di un atto di cui non si conosca il contenuto motivazionale - questione che si lega strettamente a quella sulla proponibilità del ricorso incidentale in esito alla conoscenza di nuovi atti e/o documenti - problemi altrettanto delicati e di più immediata percezione investono, ad esempio, i termini per la proposizione degli atti di intervento, che sembrerebbero dover seguire quelli per il deposito delle memorie (rispetto ai quali a sua volta non è pacifico se sia ammessa una deroga concordata tra le parti), fermo restando che, di fronte all'ammissione di un intervento notificato dopo lo spirare del suddetto termine, le parti opposte avrebbero diritto a chiedere il rinvio dell'udienza; quelli per il deposito degli atti notificati a mezzo posta (che una parte della giurisprudenza fa decorre dalla restituzione dell'avviso al notificante: V, 3705/2006); o ancora, quelli, decorrenti a ritroso dall'udienza, in scadenza in un giorno festivo: è prassi infatti degli organi giudicanti (avallata dinanzi al TAR del Lazio da un'ordinanza del Presidente Schinaia) che detti termini vadano in questo caso a scadere nel primo giorno non festivo successivo a quello della scadenza. Con tutto il dovuto massimo rispetto per l'autorità dell'organo decidente, non si può non evidenziare come la regola sia in chiaro contrasto con il dettato normativo, che, nel fare riferimento ai giorni "liberi" dall'udienza, ha voluto chiaramente salvaguardare il diritto di difesa delle altre parti, per la più piena garanzia di un effettivo contraddittorio: la riduzione del termine di legge per l'esame delle memorie e dei documenti (soprattutto nei riti abbreviati e nelle non impossibili ipotesi di

più giorni di festa consecutivi) rischia di tradursi in una gravissima lesione di tale diritto (per non pensare all'ingiusta penalizzazione di chi, per non incorrere in una violazione del dato normativo, preferisca non avvalersene, e si veda così costretto a svelare prima del tempo alle controparti la propria strategia difensiva). Un'altra, delicatissima, questione si pone in riferimento ai termini minimi entro i quali, in difetto della rituale costituzione di tutte le parti, il giudice può decidere in forma semplificata anche sul merito della controversia in sede di discussione sull'istanza cautelare. Il testo normativo non spicca per vero per chiarezza, risentendo evidentemente della fretta con la quale il legislatore intervenne, nel 2000, a riparare alla declaratoria di incostituzionalità per eccesso di delega degli artt. 33 e 34 del d. lgs. n. 80 del 1998, l'art. 21 comma 10 si limita infatti a richiedere il previo accertamento della completezza del contraddittorio, senza però chiarire se a tal fine debba ritenersi sufficiente il decorso dei (minori) termini a difesa concessi dal legislatore per la fase cautelare o se il contraddittorio non possa ritenersi validamente instaurato nei confronti delle parti non costituite se non dopo che sia decorso il più ampio lasso temporale per la costituzione nel giudizio di merito (50 gg. dalla notifica, ridotti a 25 per le materie di cui all'art. 23 bis). Pur nella consapevolezza che la giurisprudenza appare orientata nel primo senso, non si può non denunciare come tale orientamento appare ingiustificatamente riduttivo del diritto di difesa che l'ordinamento costituzionale (soprattutto con il nuovo art. 111) e comunitario vogliono imprescindibilmente e paritariamente garantito a tutte le parti del processo e che il - pur apprezzabile - fine di accelerazione della tutela giurisdizionale non appare ragionevolmente e, soprattutto, proporzionatamente idoneo a comprimere nei termini sopra descritti. Il richiamo al principio di proporzionalità, che deve necessariamente essere preso in considerazione di fronte ad una così forte compressione di un diritto costituzionalmente garantito, in una con la circostanza che nell'ipotesi considerata la parte non è proprio presente in camera di consiglio in quanto non si è ancora costituita, rende per altro verso influente la posizione assunta dalla Corte costituzionale sulla compatibilità costituzionale dell'effetto preclusivo derivante dalla pronuncia semplificata alla proposizione di motivi aggiunti e/o di gravame incidentale, la quale, come noto, trae invece il proprio fondamento dalla possibilità per il difensore costituito di chiedere appositi termini ai suddetti fini e dal correlato dovere del giudice di concederli (una giustificazione che appare peraltro difficilmente compatibile con l'orientamento che nega alla conoscenza di un documento da parte del difensore natura di piena conoscenza del medesimo da parte del suo assistito e con quello che richiede un nuovo mandato difensivo e la notifica nel domicilio reale dei motivi aggiunti contro provvedimenti nuovi). A ciò si aggiunga che alla stregua delle considerazioni che passerò a svolgere, la questione deve essere affrontata anche alla luce dei principi di diritto comunitario e di quelli contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, nell'applicazione dei quali, come dimostrato dall'ordinanza del 29 aprile 2004 sulla tutela cautelare *ante causam*, la Corte di Giustizia non si ritiene in alcun modo vincolata dalla posizione assunta dalla Corte costituzionale.

La rapida rassegna di alcune più gravi incertezze del sistema che ho qui sinteticamente cercato di svolgere non vuole evidentemente essere un mero – e per ciò stesso arido – “*j'accuse*”, ma, in un'ottica affatto diversa, spezzare una doverosa lancia a favore di un indispensabile intervento di rilettura (e riscrittura) del quadro normativo di disciplina del processo amministrativo, affinché, alla luce dei principi costituzionali e comunitari di riferimento, esso sia finalmente in grado di offrire agli interessati quelle regole chiare e “*certe*”, che costituiscono requisito imprescindibile per una tutela “*effettiva*”. Il giudice amministrativo ha svolto in questi anni, come testimonia il Manuale che oggi presentiamo, un'opera interpretativa attenta ed apprezzabile, intervenendo, con una giurisprudenza “*pretoria*”, a colmare le numerose lacune del sistema legislativo. Le posizioni giurisprudenziali, proprio perché frutto di “*valutazioni*” e di “*giudizi interpretativi*”, non

hanno però mai il crisma della certezza e la forza vincolante che nel nostro ordinamento sono propri soltanto della fonte di rango legislativo: ricordo che per l'art. 101 Cost. il giudice è soggetto soltanto alla legge. Un moderno Stato di diritto non può quindi rinunciare a regole processuali certe, a pena di contraddire la stessa posizione di indipendenza del giudice.

La chiarezza delle regole processuali e, *in primis*, di quelle concernenti i presupposti dell'azione, è del resto, come espressamente sottolineato dagli organi comunitari (cfr. CGCE sent. 14 ottobre 2004, in C-275/03) un principio assolutamente irrinunciabile di garanzia del diritto di difesa, significativamente inserito dalla Costituzione nel nucleo dei diritti fondamentali: il pieno cognitivismo processuale costituisce infatti strumento imprescindibile di garanzia dell'ordinamento democratico.

Il discorso sin qui svolto ci porta dunque a spostare l'attenzione sui principi che, espressi dalle suddette fonti sopranazionali, condizionano e ormai direttamente o indirettamente governano, il nostro sistema di tutela giurisdizionale. Come recentemente chiarito dalla Corte costituzionale nelle notissime e dibattute sentenze nn. 348 e 349 del 2007, infatti, non soltanto le fonti comunitarie (originarie e derivate) entrano direttamente a far parte del nostro ordinamento, vincolando i giudici e le amministrazioni a disapplicare le disposizioni interne che eventualmente vi contrastino, ma, per effetto del nuovo art. 117, 1 comma Cost., anche le norme CEDU (le quali in quanto norme internazionali pattizie, vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno), si pongono, sia pure come mere norme interposte, ad un livello gerarchicamente superiore a quello delle nostre fonti legislative primarie, che quindi, qualora se ne discostino, sono esposte a censure di incostituzionalità.

Si ricorda che il giudice delle leggi ha in proposito testualmente chiarito che: *“escluso che l'art. 117, primo comma, Cost., nel nuovo testo, possa essere ritenuto una mera riproduzione in altra forma di norme costituzionali preesistenti (in particolare gli artt. 10 e 11), si deve pure escludere che lo stesso sia da considerarsi operante soltanto nell'ambito dei rapporti tra lo Stato e le Regioni. L'utilizzazione del criterio interpretativo sistematico, isolato dagli altri e soprattutto in contrasto con lo stesso enunciato normativo, non è sufficiente a circoscrivere l'effetto condizionante degli obblighi internazionali, rispetto alla legislazione statale, soltanto al sistema dei rapporti con la potestà legislativa regionale. Il dovere di rispettare gli obblighi internazionali incide globalmente e univocamente sul contenuto della legge statale; la validità di quest'ultima non può mutare a seconda che la si consideri ai fini della delimitazione delle sfere di competenza legislativa di Stato e Regioni o che invece la si prenda in esame nella sua potenzialità normativa generale. La legge – e le norme in essa contenute – è sempre la stessa e deve ricevere un'interpretazione uniforme, nei limiti in cui gli strumenti istituzionali predisposti per l'applicazione del diritto consentono di raggiungere tale obiettivo”*.

La Corte di Giustizia ha del resto più volte assunto le norme CEDU quale parametro di riferimento per la definizione delle controversie sui diritti fondamentali.

Il profilo è della massima rilevanza ai fini della tematica di cui oggi si discute, che, per definizione, investe diritti fondamentali. Gli stessi organi comunitari riconoscono del resto il ruolo primario assunto, nel quadro delle fonti di disciplina dei mezzi di tutela giurisdizionale, dai principi riconosciuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ponendo coerentemente l'accento sulla irrinunciabile necessità di *“garantire il pieno rispetto del diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, conformemente*

all'art. 47, primo e secondo comma, di detta Carta". Le parole sono tratte dal Considerando 36 della Direttiva 66 del 2007 del Parlamento e del Consiglio CE, che, come noto, è intervenuta nello scorso mese di dicembre a modificare le precedenti Direttive 89/665 e 92/13, per migliorare l'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. Il richiamo merita a mio avviso particolare attenzione. Anche se l'ambito di vincolatività della Direttiva è evidentemente circoscritto alla materia degli appalti di rilevanza comunitaria è innegabile che l'espresso ed autodichiarato obiettivo di dare attuazione ai suddetti principi di effettività della tutela consente di rinvenire nella medesima Direttiva 66 un'importante "chiave di lettura" di questi ultimi, e, per l'effetto, di incidere sulla valutazione di costituzionalità delle norme interne, sotto il profilo della loro compatibilità con detti principi, che peraltro, come noto, sostanzialmente coincidono con quelli ormai espressamente sanciti dal nuovo testo dell'art. 111 Cost.

L'effetto *spill over* tradizionalmente prodotto dalle fonti comunitarie anche al di fuori dal proprio oggetto particolare, unitamente al principio di uguaglianza, che, nel nostro sistema costituzionale, impone di assicurare le medesime forme di tutela ad analoghe posizioni giuridiche soggettive porta in ogni caso più in generale a riconoscere un ruolo di primo piano nel quadro delle fonti di disciplina del processo amministrativo, oltre che alle surricordate direttive ricorsi, alla giurisprudenza della Corte di giustizia, facendo sì che i principi di derivazione comunitaria espressi dalle predette fonti normative e giurisprudenziali pervadano e vincolino l'intera materia della giustizia amministrativa. Merita inoltre sottolineare che la Costituzione europea (pur non ancora in vigore) fissa, all'art. II-107, i principi essenziali del processo, in relazione alla violazione dei diritti e delle libertà garantiti dall'Unione, ponendo ancora una volta l'accento sul "***diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale***" (posto addirittura come rubrica dell'articolo) e, di conseguenza, a che ciascuno possa farsi consigliare, difendere e rappresentare (avvalendosi ove ne ricorrano le condizioni del gratuito patrocinio) e a che la controversia sia esaminata "equamente", "pubblicamente", "entro un termine ragionevole" e da parte di "un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge". La portata di tali principi è ancora più rilevante e decisiva in un momento come quello attuale, in cui, sotto la spinta delle più recenti tendenze riformatrici, alcune tradizionali regole del processo sono state e sono rimesse fortemente in discussione.

Un discorso sui principi della giustizia amministrativa non può quindi prescindere dal considerare, su un unico livello e come elementi imprescindibili di un unico moderno contesto, accanto ai principi costituzionali, quelli europei e, in particolare, quelli comunitari. In un contesto istituzionale che, come recentemente dimostrato dalla Corte costituzionale attraverso il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia di una questione chiamata a risolvere in via principale, non consente più di concepire gli ordinamenti dei singoli Stati membri come monadi isolate ed autonome dalle scelte comuni dell'Unione, la coerenza e la perdurante compatibilità dei principi processuali elaborati sulla base delle disposizioni costituzionali dovrà essere quindi necessariamente verificata – ed eventualmente ridefinita – alla stregua della sua compatibilità con i secondi.

Muovendo da questa fondamentale premessa, nell'ottica indicata in apertura del mio intervento, passerò rapidamente ad analizzare il ruolo e le caratteristiche della giustizia amministrativa nella nostra Costituzione, cercando di enuclearne i principi informatori, per rileggerli ed interpretarli anche alla luce delle surriferite fonti sovranazionali, che rischiano evidentemente di scardinare molti punti certi dell'attuale sistema.

Non sta certo a me ricordare in un così autorevole consesso le disposizioni in cui la Carta costituzionale enuncia principi relativi al processo amministrativo. Come ricordato nel *Manuale* che oggi presentiamo, accanto a principi che si riferiscono indistintamente a qualsiasi tipo di processo (quali, oltre al diritto di difesa a tutela dei propri diritti soggettivi o interessi legittimi sancito dall'art. 24 tra i diritti fondamentali della persona, il principio di indipendenza dei giudici, che l'art. 101 vuole soggetti soltanto alla legge e il principio del giusto processo finalmente enunciato ed articolato nelle sue irrinunciabili espressioni dal nuovo testo dell'art. 111), la nostra Costituzione contiene alcuni principi specifici sul processo amministrativo, interessandone sia la struttura organizzativa (la circoscrizione dei TAR e il doppio grado di cui all'art. 125), che i contenuti (il divieto di limiti od eccezioni alla tutela contro atti e provvedimenti amministrativi lesivi di posizioni giuridiche soggettive, la giurisdizione generale di legittimità del g. a. per la tutela degli interessi legittimi e il limite della sua estensibilità ai diritti soggettivi alle "particolari" materie stabilite dalla legge, la tutela normalmente "caducatoria" del provvedimento impugnato, sia pure affidando alla legge ordinaria di stabilirne i casi e gli effetti; il limite del ricorso per cassazione ai soli motivi di giurisdizione). Detti principi si intrecciano peraltro necessariamente con il "ruolo" che, sia pure in un titolo diverso da quello dedicato alla "magistratura", la Costituzione affida al Consiglio di Stato, definendolo come "organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione". E' questo, come esattamente rilevato dalla Corte costituzionale nella storica sentenza 204 del 2004, il vero fulcro intorno al quale ruota la lettura dell'attuale sistema di giustizia amministrativa. Se, come sostenuto dalla Corte e dalla dottrina più tradizionale ed autorevole (cito per tutti M. **Nigro**) e da me stessa più volte evidenziato in precedenti occasioni, la seconda parte della disposizione si riferisce alla funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato, non vi è dubbio che essa abbia fondamentali ripercussioni sul processo amministrativo, distinguendolo nettamente dal processo civile per ciò che quest'ultimo è semplicemente diretto a dirimere una controversia, mentre il primo, pur restando soggetto all'impulso delle parti (con i soli temperamenti introdotti dalla l. n. 205/2000 a fini di accelerazione del processo) – ed è significativa al riguardo l'abrogazione dell'unica disposizione, contenuta nel correttivo 2006 al codice dei beni culturali, che sanciva un caso di irrinunciabilità del ricorso - deve essenzialmente mirare a fornire ad assicurare che, anche nella sua azione futura, l'Amministrazione conformi il proprio operato alle regole di diritto e di buona amministrazione enunciate dalla sentenza. Il ruolo del giudice amministrativo quale organo deputato a sindacare il corretto esercizio del potere amministrativo, va quindi oltre la mera definizione del rapporto controverso, ma, attraverso la tutela primariamente caducatoria e l'indicazione alla p.A. delle regole per il futuro *modus agendi*, assicura la "giustizia nell'amministrazione". Anche se essa va indubitabilmente integrata con le diverse disposizioni costituzionali più specificamente riferite alla funzione giurisdizionale e, tra queste, *in primis*, con quella di assicurare la tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie anche dei diritti soggettivi, "*nei confronti*" dell'Amministrazione (art. 103), non mi sembra possibile trascurare il valore che essa assume nell'individuazione del fine immanente alla esistenza di un apposito giudice nei confronti dell'Amministrazione e nell'affidamento in particolare a quest'ultimo del sindacato sull'esercizio del potere amministrativo. Mi sembra cioè che dal quadro costituzionale traspaia, quanto meno, un *favore* verso un giudice amministrativo con compiti conformativi dell'azione amministrativa, secondo l'impostazione magistralmente richiamata nelle premesse del volume di Mario **Nigro** sulla *Giustizia amministrativa*. Per salvaguardare e rafforzare il valore aggiunto della doppia giurisdizione non ritengo si possa rinunciare a questo ruolo peculiare del giudice amministrativo, che, peraltro, ne giustifica, almeno in parte, al tempo stesso, alcune peculiarità (penso, per fare solo un esempio, al principio dispositivo con metodo acquisitivo in materia di prove), aiutando altresì a trovare una ragione logica alla doppia funzione consultiva e giurisdizionale, che diversamente

appare di assai dubbia coerenza con il principio di imparzialità degli organi giudicanti. La soluzione qui accolta è condivisa nel *Manuale* da **R. De Nictolis**, che all'art. 100 co 1 riconduce anche la peculiare posizione del Consiglio di Stato nel giudizio di appello. L'A., come chi vi parla, è del resto fermamente convinta del *favor* costituzionale per la priorità dell'azione impugnatoria, che, come posto in luce dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella tanto discussa sentenza n. 12 del 2007, costituisce una diretta conseguenza della descritta funzione conformativa dell'azione amministrativa che la Costituzione affida al massimo organo di giustizia amministrativa.

Irrinunciabili ragioni di onestà intellettuale impongono peraltro, anche alla luce della richiamata rilevanza dei principi europei e comunitari, di non trascurare una diversa prospettiva secondo la quale, anche in ragione della sua collocazione nel testo costituzionale, l'art. 100, comma 1 si riferirebbe esclusivamente al Consiglio di Stato in veste consultiva e dunque la funzione di "tutela della giustizia nell'amministrazione" resterebbe circoscritta all'esercizio della funzione, di natura "giustiziale", svolta dal Consiglio di Stato in sede di parere sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, senza per ciò incidere sulla funzione di giudice – imparziale e indipendente – sul rapporto controverso che spetta invece ai TT.AA.RR. e al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale e, di conseguenza, sul ruolo di quest'ultimo in sede di appello. In questo senso induce per vero anche la scissione delle norme costituzionali sulla Corte dei conti, che l'art. 100 comma 2 prende in considerazione soltanto nella sua funzione di controllo, mentre la funzione giurisdizionale è separatamente trattata nell'art. 103. La chiave di lettura da ultimo prospettata non soltanto non riuscirebbe però a spiegare la differenza di tutela che in questo caso si creerebbe tra ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario, nonostante la loro alternatività, mettendo quindi in discussione la compatibilità costituzionale del r.d. 1199 del 1971, ma soprattutto, le indiscutibili peculiarità del giudice amministrativo, rischiando di incidere, a monte, sulla stessa esigenza di una doppia giurisdizione. Il tema, che dovrebbe essere approfondito anche alla stregua del principio del buon andamento della pubblica amministrazione (sicuramente garantito dal riferito ruolo conformatore del giudice amministrativo) richiederebbe però evidentemente un convegno autonomo.

Non ho del resto intenzione di soffermarmi sulla *vexata quaestio* della pregiudiziale di annullamento, in riferimento alla quale mi piace soltanto ricordare il significativo contributo recentemente offerto dal diritto comunitario. Dopo aver ribadito il ruolo primario dell'azione caducatoria a fini di garanzia dell'effettività della tutela avverso le violazioni alle disposizioni in tema di appalti pubblici, la direttiva 66, se per un verso consente agli Stati membri la possibilità di sostituirla in alcuni casi con quella meramente risarcitoria (spezzando così, purtroppo, una lancia importante a favore della tesi contraria alla pregiudiziale di annullamento) afferma per altro verso espressamente che, di fronte alle violazioni più gravi, anche nei casi in cui non sia possibile, per ragioni di interesse pubblico, garantire il ripristino della legalità violata, facendo venir meno gli effetti del contratto già illegittimamente stipulato, il risarcimento del danno subito dal ricorrente non può essere considerato sufficiente garanzia di effettività della tutela. Da tali disposizioni emerge che, da un lato, anche l'ordinamento comunitario ammette il bilanciamento dell'interesse del ricorrente con superiori esigenze di interesse pubblico (bilanciamento la cui legittimità era stata invece esplicitamente dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 11750 del 2004), inteso peraltro evidentemente quest'ultimo come interesse generale della collettività e non come interesse specifico della stazione appaltante e, dall'altro, che anche tale ordinamento attribuisce ai giudizi che involgono profili di interesse più generale (nella specie quello alla tutela della concorrenza) un ruolo che non si esaurisce nella mera definizione della controversia particolare. A maggior ragione, dunque, tale ruolo si giustifica e, come si è visto, secondo una chiave di lettura costituzionale da me condivisa, si impone, per i giudizi nei confronti di un soggetto che è istituzionalmente

portatore di un interesse pubblico (che deve peraltro realizzare in armonia con l'interesse pubblico generale). Il ruolo ancillare e sussidiario che l'ordinamento comunitario riserva alla tutela risarcitoria rispetto a quella caducatoria, rendendovi perciò coerente la previsione di un'azione pregiudiziale di annullamento è stato analogamente riconosciuto nelle conclusioni dell'Avv. Generale Tesaurò nella causa *Brasserie du Pecheur-Factortame* (punto 104) e dalla Corte di Giustizia nella causa *Palmisani* (C-261/95) ed è parimenti in linea con la recentissima decisione del 17 aprile 2007 A.G.M.-COS.MET srl, che fissa importanti principi in tema di risarcimento. Mentre già le note sentenze *Santex* (2003) e *Universale-Bau* (2002) avevano legittimato la previsione di termini di decadenza per le azioni a tutela degli interessi degli offerenti lesi da condotte contrastanti con le norme comunitarie, legittimazione che viene ora del resto espressamente confermata dalla direttiva 66.

In una relazione tenuta in questa stessa aula il 9 maggio scorso G. **Morbidelli** ebbe del resto giustamente a sottolineare come la tutela costituzionale dell'interesse legittimo consiste, anche nelle più recenti acquisizioni, in un complesso di poteri d'influenza sull'esercizio del potere amministrativo, inverandosi secondo la sempre valida impostazione di M. **Nigro**, attraverso un'azione di influenza sul corretto esercizio di quest'ultimo, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità. E, come lucidamente colto dal citato relatore, ciò avviene decisamente attraverso l'azione di annullamento, che reca in sé o una diretta soddisfazione dell'utilità invocata (interesse oppositivo) o la regola per il soddisfacimento della stessa (interesse pretensivo). Nel primo caso, l'annullamento persegue anche direttamente l'interesse pubblico al ripristino della legalità, nel secondo la c.d. funzione conformativa della sentenza del giudice amministrativo concorre alla tutela del buon andamento.

Anche alla luce delle sentenze 204/04 e 191/06 della Corte Costituzionale, il giudice amministrativo si configura invero nel nostro sistema come il giudice naturale della legittimità della funzione amministrativa, sicché la tutela di annullamento non può a mio avviso essere preclusa senza incidere sulla natura dell'interesse legittimo e sulla garanzia che la Costituzione gli accorda.

Il carattere generale affidato al mio intervento mi impedisce però di soffermarmi ulteriormente su questo punto, del resto già ampiamente dibattuto.

Il discorso si sposta quindi sull'applicazione, al processo amministrativo, dei principi generali che, alla stregua delle surrichiamate disposizioni costituzionali ed europee e delle più puntuali prescrizioni contenute nella direttiva 66 e ricavabili dalla giurisprudenza comunitaria, garantiscono una “*tutela effettiva*”, operando quindi anche come irrinunciabili parametri interpretativi degli artt. 24, 101, 103, 111 e 113 della nostra Carta costituzionale. Sembra utile in proposito ancora una volta richiamare la storica sentenza n. 204 del 2004, in cui la Corte costituzionale ha espressamente posto l'accento sulla circostanza che l'art. 24 Cost. riconosce agli interessi legittimi - la cui tutela l'art. 103 riserva al giudice amministrativo - le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare.

L'accento cade innanzi tutto sulla **IMMEDIATEZZA E RAPIDITÀ DELLA TUTELA**, che ha a sua volta diverse esplicazioni: *in primis* la garanzia di una **tutela cautelare** immediata ed autonoma dal giudizio di merito (il principio, di derivazione comunitaria e affermato solo per le controversie in materia di contratti pubblici, non può, in base al principio di eguaglianza, non essere esteso alla tutela di tutti gli interessi legittimi), con l'attribuzione al

giudice della cautela del potere di adottare ogni misura necessaria ad impedire che il giudizio di merito sia *inutiliter datum*; in questa luce si pone peraltro il problema dell'estensibilità dei principi affermati dalla direttiva 66 in merito alla previsione di uno *standstill period* per portare ad esecuzione un provvedimento amministrativo e all'effetto sospensivo automatico del ricorso: si tratta, come accennato in premessa, di principi suscettibili di scardinare i canoni tradizionali del processo amministrativo e di incidere pesantemente sullo stesso diritto amministrativo, ma essi meritano un'idonea riflessione; ancora, in riferimento alla tutela cautelare si ricorda l'importanza della garanzia dell'obbligo di motivazione, che, probabilmente, si lega al tema dell'indipendenza del giudice di appello sulla cautela dal giudice di appello sul merito. All'esigenza di una tutela rapida si collega altresì evidentemente la **concentrazione della controversia dinanzi ad un unico giudice**: essa ha spinto all'ammissibilità dell'azione risarcitoria dinanzi al g. a. e ora, anche attraverso la direttiva 66 del 2007, spinge affatto agevolmente verso la giurisdizione esclusiva di quest'ultimo sulla sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione. Nella medesima linea si muovono i **riti abbreviati e le misure di accelerazione del processo** introdotti dalla l. n. 205 del 2000: rispetto ai quali si pone peraltro il problema – da me stessa più volte sollevato – della compatibilità con la completezza ed utilità sostanziale della tutela.

LA COMPLETEZZA DELLA TUTELA E LA SUA CAPACITÀ DI OFFRIRE UN'UTILITÀ SOSTANZIALE costituisce invero il secondo importante corollario del richiamato principio di effettività: essa incide sull'**ampiezza di poteri istruttori** e sul **sindacato sulla discrezionalità tecnica** (intrecciandosi con il problema dei limiti di indagine del c.t.u.); sul **diritto alla tutela caducatoria e risarcitoria** e, in via preliminare, sull'ammissibilità **dell'accertamento tecnico preventivo**; sull'**ampiezza della legittimazione a ricorrere ed appellare**; sull'**effettività dell'esecuzione e dell'ottemperanza**; ma incide anche sul **contenuto delle decisioni**, investendo in particolare la coerenza dell'assorbimento dei motivi sostanziali e della decisione in forma semplificata e/o succintamente motivata (l'argomento è lucidamente affrontato nel *Manuale* da **R. Giovagnoli** ed ha formato oggetto di recente di un'interessante pronuncia redatta da **R. Chieppa**, - 213/08 - , che ha giustamente evidenziato come l'apertura alla tutela risarcitoria imponga un giudizio che consenta di valutare la fondatezza del ricorso sotto il profilo sostanziale) e il giudizio sulla fondatezza della pretesa sostanziale nei giudizi di impugnazione avverso atti reiettivi di istanze per l'adozione di provvedimenti vincolati.

All'effettiva garanzia del diritto di difesa si deve del pari ricondurre il diritto a condizioni di ricorso non eccessivamente onerose: il problema investe in termini più immediati la liquidazione delle spese e il contributo unificato, ma, più indirettamente tocca, anche alla luce di questi, la decorrenza del termine per ricorrere nei confronti di un provvedimento del quale non si conosca il contenuto motivazionale: la soluzione negativa, accolta in una sentenza (n. 522 del 2007) che ha visto relatrice **R. De Nictolis**, può trovare ora qualche supporto nella direttiva 66 del 2007, che espressamente lega la decorrenza del termine di sospensione dell'efficacia del provvedimento alla comunicazione agli interessati delle *“informazioni pertinenti che sono loro necessarie per proporre un ricorso efficace”*, e che devono in particolare comprendere *“una relazione sintetica dei motivi pertinenti”*.

Un ruolo fondamentale per l'effettiva garanzia del diritto di difesa spetta poi evidentemente al principio di **INDIPENDENZA E IMPARZIALITÀ DEL GIUDICE** e **PARITÀ DELLE PARTI NEL PROCESSO**, AL QUALE SI CORRELA, SOTTO ALCUNI ASPETTI, QUELLO DI **PIENA GARANZIA DEL CONTRADDITTORIO**: il problema è, come è noto, seriamente avvertito nel processo amministrativo, caratterizzato dalla presenza di una parte istituzionalmente più forte e retto sostanzialmente da un giudice che, oltre al fatto di avere

una componente, sia pure limitata, di nomina politica, è al tempo stesso organo ausiliario dell'Amministrazione ed è quindi più facilmente esposto al sospetto di essere tendenzialmente orientato in senso più favorevole verso quest'ultima: un sospetto evidentemente inaccettabile nei confronti di un giudice che, come sottolineato dalla Corte costituzionale, *“ha piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle posizioni soggettive non contemplate dall'art. 2 della legge del 1865”* (il concetto, affermato come noto dalla sent. 204, è stato ribadito e rafforzato in epoca più recente dalla sentenza n. 140 del 2007, per negare l'ammissibilità della distinzione, nell'ambito dei diritti soggettivi, di una categoria di diritti intangibili dal potere pubblici, sottratti come tali in radice alla giurisdizione del giudice amministrativo). Il problema si pone sul piano concreto tanto per alcuni profili strettamente formali, quali la posizione fisica riservata in udienza all'Avvocatura dello Stato, che al Consiglio di Stato e in vari TAR è vicina ai giudici, quanto per quelli sostanziali: dal dilemma del peso dell'interesse pubblico nel bilanciamento degli interessi in sede cautelare (negato dalla Corte di Cassazione ma ammesso dall'ordinamento comunitario) ai limiti di sindacato sulla discrezionalità e a quelli sull'acquisizione delle prove e, in generale, ai criteri di conduzione dell'istruttoria, dalla prassi di dare avviso dell'udienza all'amministrazione non costituita all'ammissibilità di una tutela meramente risarcitoria in presenza di un contratto già stipulato. Il principio del contraddittorio e della piena parità di tutte le parti del processo è a sua volta, come sottolineato da R. **De Nictolis**, un diretto corollario del principio di eguaglianza: le sentenze citate nel *Manuale* sulle diverse implicazioni che esso determina dimostrano come la giurisprudenza ne abbia fatto sempre ampia applicazione. Ricordo, per tutte, le pronunce della Corte costituzionale e del Consiglio di Stato sulla necessità di portare integralmente a conoscenza delle altre parti i contenuti del ricorso in ottemperanza.

Detti principi, evidentemente irrinunciabili, devono essere conciliati con il surrimarcato ruolo di garanzia della giustizia nell'amministrazione, che, a prescindere da quale fosse l'effettiva volontà del Costituente, il giudice amministrativo quando è chiamato a esercitare il sindacato sul corretto esercizio del potere deve a mio avviso svolgere. Ferme le surriferite esigenze di assoluta imparzialità del giudice nella valutazione delle rispettive posizioni delle parti nel processo, non sarebbe giusto rinunciare alle maggiori garanzie di tutela della legalità e del buon andamento che il giudice amministrativo, nell'ambito del giudizio di annullamento, è per la sua natura e la sua tradizione istituzionalmente in grado di offrire e per le quali è necessario, prima che opportuno, che esso conosca fino in fondo la macchina dell'azione amministrativa e cerchi, offrendo la massima possibilità di contraddittorio alla stessa Amministrazione resistente e ai controinteressati, di acquisire ogni elemento utile ad una piena cognizione dell'interesse pubblico - e dunque di valenza collettiva - di cui si denuncia l'illegittima attuazione. Pur negando in radice un privilegio dell'Amministrazione nel processo, non si deve cioè trascurare che essa è portatrice di un interesse che prescinde quello dei singoli individui e che merita come tale particolare considerazione e attenzione. Per le stesse ragioni, non si può privilegiare una tutela meramente risarcitoria o una tutela accelerata sommaria laddove ciò si traduca in una riduzione della funzione conformativa della giustizia amministrativa sull'esercizio del potere.

In questa prospettiva, di cui non si nasconde la difficoltà, dovrebbero auspicabilmente muoversi i nuovi progetti di riforma.