

A proposito della sentenza n. 1428/2011 del TAR Lombardia

Prof. Avv. Antonio Romano-Tassone, Ordinario di Diritto Amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Messina

Quando si dice che il processo serve alla realizzazione del diritto sostanziale, si vuol dire anche che le strutture processuali tendono naturalmente ad adeguarsi a questa esigenza, forzando –se del caso ed ove possibile– un diritto scritto obsoleto.

Se l'assetto sostanziale del rapporto tra autorità amministrativa e cittadino cambia, è quindi destinato a mutare, di conseguenza ed in parallelo, anche l'assetto del processo amministrativo.

Se il processo amministrativo, auspice il Codice del 2010, è cambiato (come dimostra la sentenza in esame, peraltro nient'affatto isolata: si pensi solo alla recente Adunanza Plenaria n. 3/2011), è perché è cambiato il rapporto sostanziale tra p.a. e cittadino.

Il rapporto sostanziale tra p.a. e cittadino, a sua volta, è cambiato perché è cambiata la p.a.

Per comprendere questo, bisogna considerare le premesse su cui si fondava la tradizionale costruzione del giudizio amministrativo come vertente sulla legittimità di un atto amministrativo, rispetto al quale restava organicamente estranea la soddisfazione degli interessi materiali del ricorrente (che assumevano quindi la consistenza di interessi legittimi). Tali premesse attengono assai più alla struttura ed al concreto *modus operandi* dell'amministrazione pubblica che alle ideologie giuridiche allora (ed ora) imperanti.

Al di là delle concettualizzazioni successive in chiave di "separazione dei poteri", infatti, la vicenda – che non a caso è largamente comune, nel suo nucleo essenziale, anche agli ordinamenti di *common law*- per cui il controllo giurisdizionale sul potere amministrativo tende a costruirsi *sub specie* di mero riscontro della legittimità di un provvedimento, trae origine essenzialmente dal fatto che l'azione della p.a. ha, all'epoca, una struttura di tipo individuale.

Un corpo amministrativo esiguo e pochissimo specializzato al proprio interno opera allora, normalmente e con assoluta prevalenza, per il semplice tramite di singole persone fisiche, il cui potere, del resto, trova legittimazione politica sulla base del sapere specializzato (competenza in senso weberiano) di cui esse si ritengono dotate.

In questo contesto - in cui, per fare un esempio di estrema chiarezza, l'essenza della discrezionalità amministrativa viene definita da Cammeo come "l'intuito dei buoni funzionari" - il contenuto della decisione dell'amministrazione non può che costituire un ambito ad essa integralmente ed organicamente riservato: se si tratta di una sorta di *Rechtslehre Raum*, è infatti perché la decisione stessa, in quanto elaborata *in interiore homine*, risulta insuscettibile di controllo o verifica intrinseci.

Ciò spiega i limiti originari della giurisdizione di legittimità come forma di tutela degli interessi del destinatario del provvedimento.

Poiché la soddisfazione finale di quest'ultimo ricade nell'ambito del contenuto della decisione - ossia dell'impenetrabile ed infungibile valutazione del (la persona fisica che agisce per) l'amministrazione- non è neppure immaginabile (come concreta possibilità, ed al di là dell'ossequio al principio di separazione dei poteri) una tutela -giuridica prima, poi giurisdizionale- costruita in vista di tale soddisfazione: la legge può soltanto segnare il limite esterno del potere amministrativo, analogamente a quanto accade - allora ed ancora oggi- nei confronti dei poteri privati.

Analogamente a quanto accade, allora ed ancora oggi, nei confronti dei poteri privati, l'ordinamento si limita quindi a prescrivere la linea comportamentale esteriore dell'amministrazione, ed il rispetto di questo limite esterno rappresenta l'unica possibile garanzia delle aspettative materiali di colui che è soggetto al potere amministrativo.

La fondamentale forma di protezione del cittadino, pertanto, si traduce nell'aspettativa ad un comportamento della p.a. conforme a legge, perché questo è tutto quanto si può immaginare a sua garanzia, sia o meno tale comportamento idoneo a soddisfare gli interessi materiali del privato.

La situazione muta radicalmente in seguito alle modificazioni strutturali della stessa amministrazione pubblica, che si verificano nei primi decenni del XX secolo.

In ragione essenzialmente del rapido incremento, quantitativo e qualitativo, dei compiti della p.a. (che si trasforma da "amministrazione d'ordine" in "amministrazione di prestazione"), crescono a dismisura le dimensioni dell'apparato burocratico, che va incontro ad una crescente differenziazione funzionale cui si accompagna una forte complessità relazionale.

Questo determina, intuitivamente, una suddivisione talvolta molto capillare dei compiti inerenti alla funzione amministrativa, la quale, da azione fondamentalmente individuale (in quanto prevalentemente basata sulla attività della persona fisica titolare dell'ufficio), si trasforma in azione organizzata (ossia basata sul coordinamento funzionale di più azioni, svolte in autonomia dai titolari dei diversi uffici in cui si articola l'amministrazione).

Ed è questa trasformazione, prima ancora che le istanze di garanzia del cittadino, ad imporre e generalizzare quel modello di azione procedimentale che, non ignoto all'amministrazione a base individuale, rappresentava tuttavia, in essa, un modulo riservato a pochi settori dell'attività pubblica (soprattutto quelli in cui, appunto, fossero maggiormente avvertite le esigenze di garanzia del *citoyen*: si pensi al procedimento espropriativo, disciplinato diffusamente fin dal 1865).

Senonché, la penetrazione del modello procedimentale determina altresì la necessaria penetrazione nel processo formativo della decisione di un complesso di regole che giuridicizza, e rende tendenzialmente oggettiva, quella che prima era l'azione "libera" (*recte*: puramente soggettiva) dell'amministrazione: le forme procedimentali, infatti, non

costituiscono il limite esterno del potere amministrativo, ma ne disegnano l'intima struttura, e questo per il fatto stesso che gli attori amministrativi, al contrario degli attori privati, non sono portatori di alcun valore di autonomia, ossia legato alla libertà di autodeterminazione del soggetto.

L'assenza di un vero e proprio "interesse privato" dell'amministrazione, che ritrae il proprio potere non da se' stessa e dal proprio intrinseco valore, ma dal servizio che essa espleta nei confronti della collettività, fa sì che le norme di coordinamento tra le molteplici entità dell'amministrazione poli-strutturata si trasformino in norme di conformazione di una decisione che deve possedere i caratteri della consequenzialità e della razionalità obiettiva, e comunque non può assolutamente, al contrario delle scelte del singolo, assumere apertamente i caratteri della contingenza e dell'arbitrio.

Per ragioni strutturali interne all'apparato amministrativo, prima ancora che per ragioni di garanzia di coloro che vengono in contatto con esso, dunque, la generalizzazione del modello procedimentale trasforma l'iniziale "spazio vuoto di diritto" in cui si muoveva "l'intuito dei buoni funzionari" in un contesto di relazioni interorganiche: oggettivanti; razionali; riproducibili.

Ed è appunto in correlazione temporale con queste trasformazioni, anche se sull'onda di una ben diversa spinta garantista, che il modello originario della giurisdizione di legittimità comincia a mutare.

Ciò accade perché si rende concretamente possibile quello che era impensabile prima: accade cioè che il nuovo contesto giuridico che struttura l'azione organizzata dell'amministrazione porti in un numero sempre crescente di episodi alla necessaria (e non più soltanto all'eventuale) soddisfazione degli interessi materiali del soggetto del potere amministrativo.

Necessaria soddisfazione che a questo punto, avendo essa base rigorosamente giuridica, non si vede perché il giudice non possa accertare e dichiarare, traendone tutte le necessarie conseguenze sul piano dell'effettività della tutela.

Questo è accaduto, dapprima, attraverso la introduzione del c.d. "effetto conformativo" della sentenza di annullamento.

Soluzione che lascia però aperti molti problemi, il principale dei quali è quello dell'intrinseca aleatorietà della concreta enucleazione di un effetto non esplicitato dalla sentenza: il che comporta, in buona sostanza, lo spostamento della tutela degli interessi materiali del ricorrente dal giudice della legittimità al giudice dell'ottemperanza.

Il nucleo del problema dell'introduzione dell'azione di adempimento, in fondo, è tutto qui: esso consiste nella necessità di sostituire il giudice della cognizione al giudice dell'ottemperanza come giudice cui compete accertare se il ricorrente in legittimità ha "diritto" ad un comportamento della p.a. che soddisfi i suoi interessi materiali (rendendo quindi il giudizio d'ottemperanza un vero e proprio processo di esecuzione).

Necessità di cui non mi pare possibile dubitare, proprio in nome della pienezza e rapidità della tutela del cittadino, che costituiscono gli obiettivi primari del Codice, e che nel Codice trovano tuttora larga (anche se non sempre coerente) espressione.

Che la giurisprudenza recepisca queste esigenze, e sviluppi, oltre l'improvvida amputazione governativa, i motivi conduttori tuttora presenti nella disciplina codicistica, è dunque motivo di conforto.

Che poi questo comporti un'alterazione profonda di categorie e tecniche del giudizio di legittimità, sul cui schema di base tuttora si modella il processo davanti ai giudici amministrativi, è più complesso discorso, che qui si può solo menzionare, e che occuperà ancora per anni studiosi ed operatori del processo amministrativo.

Luglio 2011