

Osservazioni sulla sentenza del TAR Lombardia, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428

Prof. Avv. Fabio Merusi, già Ordinario presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Pisa

Sono passati quasi quindi anni dal caso Hornby (15 febbraio 1997), da quando la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) condannò la Grecia perché il processo amministrativo di quel Paese (del tutto analogo a quello italiano prima dell'emanazione del Codice del processo amministrativo) non prevedeva una sentenza soddisfattiva della pretesa del cittadino ad ottenere un determinato provvedimento da parte della pubblica amministrazione, cioè perché non prevedeva quella che, in base alla terminologia introdotta dal diritto processuale amministrativo tedesco, viene chiamata azione di adempimento, *id est* la condanna della pubblica amministrazione ad emanare un determinato provvedimento nel caso ne esistano i presupposti accertabili da un giudice.

Le due sentenze hanno un elemento comune anche se, a prima vista, risultano motivate in maniera completamente diversa, tanto da far dubitare che la seconda non conosca neppure la prima.

La prima è imperniata sulla individuazione delle conseguenze processuali del diritto ad un giusto processo anche nel processo amministrativo, la seconda sulla dimostrazione che il codice del processo amministrativo consente una condanna ad emanare un provvedimento a presupposto vincolato nonostante che la previsione di una azione di adempimento "alla tedesca" sia stata espressamente cancellata dal codice del processo amministrativo a seguito di un intervento *in extremis* della "setta dei vecchi credenti" (una setta che pratica ancora il rito "dell'impugnazione" nell'oscurità dei corridoi di un ministero).

L'elemento comune è che, oltre alla motivazione della sentenza vera e propria, le due sentenze contengono dei saggi teorici volti a contrastare le dottrine avverse alla loro decisione.

La sentenza del CEDU polemizza con la dottrina amministrativa francese considerata la responsabile della tesi, trasmigrata, con argomentazioni simili, nel diritto amministrativo degli altri Paesi europei, secondo la quale un giudice non potrebbe condannare la Pubblica Amministrazione ad un *facere* ed, in particolare, ad emanare un provvedimento amministrativo ancorché a presupposto vincolato.

La tutela di un diritto fondamentale, quale il diritto ad un giusto processo, verrebbe prima e condizionerebbe la teoria "organizzativa" della divisione dei poteri sulla quale faceva leva la dottrina francese.

Il TAR della Lombardia sposa la teoria della atipicità delle azioni e ne cerca la conferma nelle norme del codice (anche se si dimentica di richiamare la principale norma che sembrerebbe darle ragione, quella prevista nell'art. 32 sulla convertibilità delle azioni da parte del giudice, inspiegabilmente sfuggita al furore iconoclasta della setta dei vecchi credenti), tanto da concludere, implicitamente, che tutto sommato forse hanno fatto bene ad eliminare la norma che prevedeva l'azione di adempimento. Sarebbe stata di ostacolo alla affermata atipicità delle azioni.

I commentatori molto probabilmente osserveranno che i due generi di argomentazioni sono integrabili, tanto più che l'art. 2 del codice del processo amministrativo espressamente richiama il principio del giusto processo come principio interpretativo ed integrativo dell'intero codice, richiamo per di più introdotto (ancorché non necessario) per esorcizzare (ed integrare) i tagli introdotti ad opera della "setta dei vecchi credenti", abusando dell'emblema dei "tre monti".

Se il tono puramente esegetico-processuale incontrasse delle resistenze si potrebbe ritirare fuori quello "alto" della Corte di Strasburgo.

Tanto più che il TAR Lombardia ha messo le mani avanti.

Si è premurato, nel finale, di assestare un colpo all'ultimo ridotto, alla Valtellina, degli avversari del giusto processo: che l'art. 111 Cost. prevederebbe una riserva di legge e perciò anche l'obbligo, insoddisfatto a seguito dei tagli dei vecchi credenti, di prevedere espressamente anche una eventuale azione di adempimento. Giustamente la sentenza obietta che l'art. 34 del codice, disciplinando la materia dal lato della sentenza e non dall'inizio del processo (l'azione) ha più che soddisfatto l'eventuale obbligo costituzionale derivante da una riserva di legge.

Ma se qualcuno insistesse con questa argomentazione si potrebbe integrare la motivazione della sentenza osservando che l'art. 111 della Costituzione non prevede affatto una riserva di legge. Non ogni richiamo alla "legge" contenuto nella Costituzione si riferisce all'istituto della riserva di legge come una definizione scolastica di questo istituto presente nella dottrina costituzionale italiana potrebbe far credere. La riserva di legge è un istituto funzionale, non alla teoria delle fonti, bensì alla tutela di un diritto fondamentale, come invece non si stanca di ripetere la dottrina del Paese che ha inventato l'istituto della riserva di legge. E una semplice esegesi dell'espressione usata dall'art. 111 Cost. porta ad escludere che lo strumento necessario per tutelare il diritto fondamentale ad un giusto processo sia una riserva di legge. Ma, dato per scontato che la sentenza sancisca l'inizio dell'ammissibilità di azioni di adempimento nel processo amministrativo italiano, l'attenzione dovrà spostarsi su che cosa si debba intendere per azione della Pubblica Amministrazione vincolata nei presupposti.

Anche l'esercizio di un potere che normalmente è definito "discrezionale" può essere vincolato e perciò suscettibile di una sentenza di condanna ad adempiere da parte del giudice amministrativo?

Nel caso si debba interpretare concetti giuridici indeterminati probabilmente sì. Le direttive comunitarie riferite ad autorizzazioni in materia bancaria e di istituti di pagamento, le quali prevedevano azioni di adempimento, direttive rimaste inattuato nel nostro ordinamento, rientrano in questa ipotesi.

Ma quando il concetto giuridico indeterminato non si riferisce all'accertamento di un presupposto, ma alla decisione fra più soluzioni possibili, basta la possibilità della soluzione per imporre all'Amministrazione l'emanazione di un determinato provvedimento?

E quando la discrezionalità si riferisce alla "proporzionalità" di un determinato provvedimento, nozione anche questa cara alle direttive comunitarie, la proporzionalità può essere misurata da un giudice con riferimento alla sua incidenza su un diritto fondamentale, ad esempio in materia economica, come sembra sostenere la giurisprudenza della Corte di Strasburgo?

Come dice che il nuovo porta sempre anche nuovi problemi ...

Luglio 2011