

Sulla sentenza del TAR Lombardia-Milano n. 1428/2011

Prof. Avv. Giovanni Verde, già Ordinario di Diritto Processuale Civile presso la Facoltà di Giurisprudenza della L.U.I.S.S. “Guido Carli” di Roma

E' nell'ordine naturale delle cose che il giudice amministrativo attribuisca al codice del processo amministrativo “il merito di avere abbandonato definitivamente ogni residuo della concezione oggettiva del giudizio amministrativo di annullamento come strumento di controllo dell'azione amministrativa, e di aver consolidato lo spostamento dell'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, al rapporto regolato dal medesimo, al fine di scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata, sempre che non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione” (così l'A.p. 23 marzo 2011, n. 3 ripresa dal Lombardia-Milano nella sentenza che è l'occasione delle mie riflessioni).

Ma è proprio così? A me sembra che il codice sia una tappa di un'evoluzione in corso, che incontra numerosi ostacoli sul suo cammino. Innanzitutto vi è la diffidenza dei pubblici poteri ad acconsentire ad un controllo dei giudici sul loro operato così incisivo e penetrante da permettere ai giudici di sostituirsi all'amministrazione nell'emanazione di atti amministrativi in luogo di quelli ritenuti illegittimi ed annullati. E ciò non tanto perché ancora oggi si creda nella possibilità di dare completa ed integrale attuazione al principio della separazione dei poteri, che storicamente si pone come un dato tendenziale, quanto perché il porsi la magistratura come un corpo indipendente e sostanzialmente irresponsabile accentua il rischio che la stessa fuoriesca dall'orbita istituzionale a guisa di scheggia impazzita, senza che nei suoi confronti siano utilizzabili i rimedi che di solito si possono adoperare nei confronti degli altri organi dello Stato (a partire dal controllo dei cittadini nelle varie forme elaborate dai sistemi democratici). In secondo luogo, vi è la forte preoccupazione per la tenuta dei conti pubblici. Infatti, un sistema di controllo giudiziario “effettivo” sugli atti e comportamenti della pubblica amministrazione, presuppone che i meccanismi attraverso i quali si dipana l'azione amministrativa siano tali da garantire –sempre o quasi sempre o, comunque, in percentuale assai rilevante- che la soluzione cui si perviene all'esito del procedimento amministrativo sia quella corretta. Se ciò avvenisse, le ipotesi di intervento del giudice sarebbero del tutto residuali, così che altrettanto residuali sarebbero le pretese risarcitorie collegate all'azione amministrativa illegittima. Poiché l'esperienza di questi anni ci insegna che, da un lato, i giudici sono risucchiati in operazioni di supplenza sempre più frequenti (le cui cause sono molte e complesse e non possono essere qui investigate) e, dall'altro lato, che l'azione amministrativa è tutt'altro che limpida e corretta, in ciò favorita assai spesso anche da chi dell'azione è destinatario e che vuol vedere soddisfatte pretese che non andrebbero

perseguite e soddisfatte, è evidente che trasferire nel processo amministrativo soluzioni proprie dei giudizi civili comporta molti rischi e richiede molta prudenza.

Fa senso che lo dica chi come me da tempo ha previsto che i canoni di giudizio del giudice civile e quelli del giudice amministrativo si andassero sempre più ed inevitabilmente avvicinando. Non è che intenda fare “marcia indietro”. La mia convinzione poggia su alcune premesse. In primo luogo, non ho mai creduto nella esistenza “ontologica” delle situazioni giuridiche soggettive; queste sono qualifiche riassuntive di cui ci serviamo per ragioni di semplicità espositiva, che rimandano necessariamente alle discipline giuridiche e alle forme di tutela ammesse; in tal modo la vicenda della tutela del cittadino nei confronti dell’amministrazione è contrassegnata dal lento e progressivo riempirsi di contenuti della posizione giuridica che la sintetizza; pertanto, l’interesse legittimo, che era rappresentativo di una tutela di annullamento e che come tale, a ben vedere, è stato accolto nella stessa Carta costituzionale, si è viepiù arricchito, quando ne è stata ammessa la tutela risarcitoria. E’ stato allora che è diventato chiaro che la tutela sottostante alla figura dell’interesse legittimo riguarda il “bene della vita” cui il soggetto aspira non diversamente da ciò che fa quando vuole tutelare un diritto soggettivo. Del resto, l’esito di questa evoluzione era inevitabilmente segnato da ciò che in Europa diritti soggettivi ed interessi legittimi sono stati sempre posti sullo stesso piano e, spesso, tra gli stessi non si fa differenza. In secondo luogo, ho letto la legge sul procedimento amministrativo come il portato di un’esigenza oramai ineludibile, che ha fatto abbandonare alla pubblica amministrazione lo scranno del potere per indurla a colloquiare, da pari a pari, con gli interessati, non più sudditi, ma cittadini. Ma se ciò è vero, mi è sempre sembrato che non avesse e non abbia senso discorrere della possibilità di “riesercizio” del potere da parte della pubblica amministrazione. Se il processo amministrativo ha una ragione di essere, l’atto conclusivo del procedimento non può non inglobare al suo interno il potere di cui il provvedimento è espressione, salvo che, in sede di controllo giurisdizionale, non emerga che il procedimento non si è svolto correttamente e che esso debba essere ripetuto. Che senso ha stabilire per legge (art. 10 bis l. 241/90) che l’amministrazione, onde consentire un corretto e pieno contraddittorio già nel corso della fase procedimentale, deve indicare le ragioni per le quali è orientata per l’adozione di un provvedimento di un determinato contenuto, se, poi, può rideliberare sulla base di motivi diversi e che non hanno fatto parte del dibattito precontenzioso? Ho sempre ritenuto strano, insomma, che al procedimento non si applichi una legge ineludibile del processo, secondo la quale il giudice, una volta emanata la decisione, “functus est munere suo”, così che l’idea, ancora oggi corrente, che, concluso il procedimento amministrativo e finanche il processo di legittimità dinanzi al giudice, il potere dell’amministrazione si “rieffonda” mi è sempre apparsa alquanto contraddittoria e legata ad una concezione del processo che ha ad oggetto l’atto e non il rapporto. Tutto ciò mi ha indotto alla una conclusione, generalmente non

condivisa, secondo cui il giudice amministrativo non interviene sul persistente potere dell'amministrazione, ma giudica del suo consumato esercizio.

La prudenza e, più a monte, una cultura giuridica, abituata a dare sostanza alla contrapposizione fra interessi legittimi e diritti soggettivi, inducono a un'evoluzione per gradi, piena di esitazioni e, in fin di conti, di contraddizioni. Oggi, di fronte alla pubblica amministrazione, il soggetto è per metà suddito e per metà cittadino. Se così non fosse, non avrebbe ragione di porsi l'idea che egli debba rivolgersi al giudice amministrativo quando non abbia o non abbia più interesse all'adempimento in forma specifica (ex art. 31 c.p.a.), ma preferisca la tutela risarcitoria, non avendo l'amministrazione emesso il provvedimento dovuto ovvero avendo tenuto un comportamento che ha leso il suo legittimo affidamento, come emerge, in primo luogo, dall'art. 7, comma 4 c.p.a. (del che la S.C. non sembra avere tenuto conto in alcune recenti pronunzie: S.U 23 marzo 2011, nn. 6594-5-6). Un'azione risarcitoria del genere prescinde, infatti, da un qualsiasi esercizio di potere pubblico ed ha per oggetto l'illiceità di un comportamento che ha violato il principio del *neminem laedere*, così che la scelta del giudice amministrativo si spiega soltanto per il fatto che il soggetto convenuto è una pubblica amministrazione, alla quale si finisce col riservare un giudice ed un processo differenziato. A meno che non si ritenga che il solo fatto che il soggetto responsabile sia una pubblica amministrazione –come talvolta ci è toccato di leggere- depotenzi il diritto dell'interessato, rendendolo cedevole in tutto o in parte di fronte alle esigenze della finanza pubblica, così che soltanto il giudice amministrativo abbia l'idoneità necessaria per valutare l'incidenza di tale depotenziamento. Ma, forse, è proprio questa la ragione sottostante all'attuale disciplina, che verrebbe logicamente meno qualora il giudice amministrativo dovesse smentire tale fiducia, somministrando una tutela risarcitoria non diversa da quella somministrata dal giudice ordinario.

Questa è la verità, nonostante che il c.p.a. affermi che il giudice amministrativo assicura tutela piena ed effettiva, in tempi ragionevoli e nel rispetto del principio della parità delle parti (artt. 1 e 2). Ma può mai essere piena ed effettiva una tutela di legittimità che, di regola, si conclude con un provvedimento di annullamento che rinvia all'amministrazione perché provveda? Di più: con un provvedimento che, soltanto in seconda battuta, ossia nel corso del giudizio di ottemperanza, dà al giudice il potere di dichiarare nulli i provvedimenti emessi in violazione o elusione del giudicato (potere che di recente addirittura il Consiglio Superiore della Magistratura ha messo in discussione) e (non quello di provvedere, ma) di ordinare l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione (art. 114, comma 4 c.p.a.)? La risposta sensata è negativa. Ma il rispetto coerente dei principi di cui agli artt. 1 e 2 avrebbe comportato ben altra disciplina, che sarebbe dovuta partire dall'idea che, dopo la sentenza, è contraddittoria con tali principi l'idea che il potere della pubblica amministrazione "si rieffonda", là dove è sotto gli occhi di tutti che

il rispetto di tale idea, quasi che si tratti di un dogma, porta a soluzioni di compromesso, di natura pretoria, delle quali la sentenza del TAR Lombardia-Milano dà conto.

Il problema di fondo, che il codice lascia irrisolto, è quello del contenuto del giudicato di annullamento. Il codice sembra avallare la conclusione che nel giudizio di cognizione di legittimità la decisione giudiziale sia “più effettiva” quando l’attività amministrativa è vincolata “o quando risulti che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall’amministrazione” (così l’art. 31, comma 3). La portata innovativa o, se si vuole, pretoria della decisione del TAR Lombardia sta nell’aver esteso questa soluzione, che l’art. 31 prevede soltanto per il caso di silenzio o, comunque, di inerzia nel provvedere, anche nel caso in cui, avendo l’amministrazione provveduto, la parte abbia chiesto in giudizio l’annullamento dell’atto e non l’accertamento dell’obbligo di provvedere. Estensione che il TAR ha ritenuto possibile, valorizzando ciò che emerge dall’art. 34, comma 1, lett. e), secondo il quale “anche in sede di cognizione con effetto alla scadenza di un termine assegnato per l’ottemperanza” il giudice può disporre le misure idonee ad assicurare l’attuazione del giudicato e delle pronunce sospese, “compresa la nomina di un commissario ad acta”.

Il risultato finale è che non solo nel caso di attività vincolata, ma anche quando non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità, il giudice, annullando l’atto amministrativo, detta all’amministrazione il contenuto dell’atto da emanare per “conformarsi” al giudicato, non potendo il giudice “adottare” il nuovo atto o modificarlo o riformarlo, essendo questa un’attività consentita soltanto in sede di giurisdizione di merito (art. 34, comma 1, lett. d). Il che è ciò che ha fatto il TAR Lombardia nella decisione di cui ci stiamo occupando.

Pur facendo proprie queste conclusioni, il problema si sposta al momento in cui si può ritenere che non residuano margini di discrezionalità e che non debbono essere compiuti ulteriori atti istruttori. Qui la decisione del TAR accetta l’idea che il vincolo per l’amministrazione nasce quando, pur essendo stata offerta una *chance* di provvedere in maniera legittima (anche, secondo il TAR, in forza di un’ordinanza cautelare propulsiva), essa non l’abbia colta. Ma è evidente che ciò non è scritto nella legge e finisce con l’essere creazione giurisprudenziale.

Se il fine ultimo è commendevole, la via percorsa è opinabile, come tutte le soluzioni che fanno forza al dato normativo e che si risolvono in esercizi di giurisprudenza creativa, i cui rischi non mi stancherò mai di sottolineare. Il problema nasce dall’idea che dopo la pronuncia di annullamento il potere dell’amministrazione, nel caso di attività discrezionale, si “rieffonda”. E’, tuttavia, possibile chiedersi se questo presupposto non sia contraddetto da disposizioni dalle quali ricavare la conclusione che, all’interno del processo, si determinano a carico delle parti e, quindi, anche dell’amministrazione, preclusioni che giochino un ruolo anche sul piano sostanziale. Alludo alla nuova disciplina dell’istruzione probatoria, che fa perno sull’onere della prova, sul principio dispositivo (temperato) e sul principio di non contestazione (v., in

particolare, l'art. 64, comma 2). Quest'ultima disposizione è, all'apparenza, di portata generale e non limitata soltanto ai casi di giurisdizione esclusiva e di controversie su diritti. Posto che nessuno dubita che il principio di non contestazione riguarda soltanto le situazioni disponibili, possiamo, tuttavia, ritenere che esso vale anche per il caso in cui siano in discussione i cd. interessi legittimi, che, secondo la tradizione, non sono disponibili? Se dovessimo propendere per la tesi che l'indisponibilità dell'interesse è conseguenza del permanente potere dell'amministrazione di provvedere, specialmente se il suo esercizio è frutto di scelte discrezionali, l'art. 64, comma 2, nonostante la sua formulazione generale, non riguarderebbe le controversie relative a interessi legittimi, così che nessun argomento potremmo ricavare a favore della creazione di qualche preclusione all'interno del processo. Qualora, invece, si partisse dall'idea che il potere amministrativo si è già consumato o, comunque, si consuma dinanzi al giudice, la non contestazione potrebbe avere rilievo perché riguarderebbe l'assetto degli interessi contrapposti quale si è cristallizzato nel processo, così che il controllo del giudice avrebbe ad oggetto il passato (e non si proietterebbe nel futuro).

Se si accogliesse questa prospettiva, non avrebbe senso chiedersi se le azioni nel processo amministrativo sono quelle tipiche e se sia stata o non ammessa la cd. azione di adempimento, ad imitazione di esperienze altrui. Fermo che il giudice, nel giudizio di legittimità, dovrebbe limitarsi a pronunciare l'annullamento dell'atto illegittimo, l'ottemperanza dell'amministrazione sarebbe sempre attività vincolata, non potendo essa rimettere in discussione i presupposti già discussi nel giudizio di merito e non potendo motivare il suo ulteriore provvedimento sulla base di premesse non versate nel corso del giudizio medesimo. Resterebbe ferma – è chiaro – la possibilità di non dare esecuzione in forma specifica al provvedimento qualora non fosse possibile o fosse eccessivamente onerosa in relazione all'interesse pubblico da tutelare (ex art. 2059 c.c.). Del resto, una soluzione del genere è esplicitamente accolta dall'art. 121, comma 2 c.p.a.

La posizione tradizionale, ispirata a quella prudenza di cui ho fatto cenno, nasce dalla sfiducia nell'amministrazione, così che il giudice spesso è portato a forgiare decisioni che si risolvono in raccomandazioni od inviti più o meno perentori a ben deliberare, soprattutto là dove il giudice avverte che a causa di una non compiuta difesa dell'amministrazione si potrebbe dare un avallo giurisdizionale a soluzioni che l'amministrazione non vuole assumere in prima persona. Ma, posto che i giudici fanno ciò che possono e non possono tenere sotto tutela l'amministrazione, a mio avviso è preferibile che il giudice amministrativo si avvalga con ogni solerzia del potere di istruzione (sussidiaria) previsto dall'art. 64, comma 3 piuttosto che rassegnarsi a parlare con decisioni scarsamente effettive.

Luglio 2011