

Introduzione al convegno tenuto a Lecce il 12 e 13 novembre 2010 su “il Codice del processo amministrativo”

Antonio Cavallari
Presidente TAR Lecce

I - Innanzi tutto un grato saluto a tutti gli intervenuti.

Poi, qualche parola per introdurre il convegno, illustrarne gli obiettivi.

Per giustificare l'esistenza di questo incontro fra le molteplici iniziative analoghe che hanno avuto ed avranno come oggetto il Codice del processo amministrativo, il Comitato organizzatore ha inteso dar vita ad un'occasione di confronto.

Questo è evidenziato, già dal primo approccio visivo al cartoncino che elenca i vari apporti, dall'affidamento di un medesimo argomento a due (o tre, in un caso) relatori.

Si è voluto, infatti, che più soggetti si occupassero della stessa vicenda, partendo ovviamente da punti di vista differenti, sicché l'esame che privilegia l'aspetto teorico e tende ad astrarre dal “particolare” i principi ispiratori, le linee di tendenza dell'evoluzione normativa, si coniugasse con l'analisi, con l'esame del “particolare”.

Proprio nella consapevolezza che si raggiunge un elevato grado di approfondimento, quale che sia l'ambito professionale di elezione, solo se si riesce a percorrere l'una e l'altra via della conoscenza, l'abbinamento dei relatori non ha tenuto conto della professione di ognuno, posto che le qualità sono tali da assicurare il raggiungimento dell'obiettivo.

Lo “spazio” del confronto non si è, naturalmente, limitato a questo.

Si sono, infatti, individuati i vari argomenti in modo da dare vita agli spunti più diversi, da quelli celebrativi a quelli costruttivamente critici, finalizzati alla correzione delle mende che l'opera dell'uomo sempre ha.

II – Il Codice segna il superamento della fase in cui il giudice, prima ancora di interpretare le norme da applicare alla fattispecie sostanziale, doveva individuare, assemblare ed interpretare le regole del processo.

Onorando completamente l'impegno affidato dal legislatore con l'art.44 della legge n.69 del 2009, “di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele”, è stato creato uno strumento che facilita enormemente il compito del giudice amministrativo.

Anticipando alcuni degli spunti che potranno essere sviluppati, di quest'opera voglio sottolineare la sensibilità e, al tempo stesso, la modernità dimostrate con l'inserimento nel processo amministrativo del dialogo fra giudice e difensori.

Se l'art. 73 del d.lgs. n.104 del 2010 prevede nel secondo comma che “nell'udienza le parti possono discutere sinteticamente”, e discutere significa che le parti possono esporre sinteticamente al giudice le rispettive richieste e ragioni delle stesse, sicché il giudice non intesse un dialogo con i difensori, salvo che per l'involucro della discussione cioè la regola della medesima, il successivo terzo comma stabilisce che “Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice la indica in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie.”

Si instaura così uno scambio di idee, di apporti fra giudice e difensori, rimarchevole non solo perché, come ogni forma di dialogo, concorre a fugare ombre e dubbi, ma anche perché impone al giudice un "habitus", un atteggiamento che prima era stato sempre reietto. Gli impone in sostanza di formulare, in udienza o dopo, un orientamento, che dal difensore può essere contestato e confutato.

Nell'ambito del grado del giudizio viene sminuita la "sacertà" del giudice, quale ministro della funzione, a tutto vantaggio della completezza dell'esame e della coerenza del servizio alle istanze del cittadino.

III – Sembra, invece, meno aderente alle linee di tendenza dell'ordinamento l'insieme delle norme che prevedono la fissazione della data di discussione del ricorso (nel merito) nella ordinanza con cui è disposta la misura cautelare (art. 55 n.11 c.p.a.) e la fissazione dell'udienza di merito con assoluta priorità (art. 120 n.6 c.p.a.), quando il giudizio non è definito in sede di decisione della domanda cautelare (decisione da adottare nella prima udienza di trattazione della domanda cautelare, anche se vengono ordinati adempimenti istruttori, concessi termini a difesa nonché sollevati o proposti incidenti processuali – art 120 n.8 c.p.a.) o l'udienza di merito non è indicata dal collegio ai sensi dell'art. 119 n.3 c.p.a.

Se è vero che l'accelerazione del rito è imposta, per le controversie relative all'affidamento di appalti pubblici di servizi lavori e forniture, dalla direttiva comunitaria 2007/66 e dall'art. 8 del d.lgs n.53 del 2010, è altrettanto vero che il rispetto degli adempimenti indicati determinerà minore spazio, nei ruoli di udienza, per le controversie relative ad altre materie, il differimento della soluzione delle stesse.

Un processo nel quale è ribadita e riaffermata la parità delle armi fra le parti del giudizio (si veda l'art.19, che dispone l'affidamento della verifica ad un organismo pubblico estraneo alle parti del giudizio) determina l'effetto indotto di rafforzare la posizione dell'amministrazione. Il differimento della soluzione giurisdizionale delle controversie causato dalla pluralità delle "corsie preferenziali" , infatti, comporta il perdurare (oltre i termini correlati all'andamento dei processi determinato dall'entità della pendenza) dell'assetto dato agli interessi dall'amministrazione.

Se le "corsie preferenziali" soddisfano senza dubbio interessi pubblici e se il legislatore è necessariamente chiamato a scegliere, a individuare delle priorità, non sembra giustificato, e sul piano meramente processuale (quello della parità delle armi) e su quello sostanziale , che una vicenda conosciuta dal giudice in sede cautelare e risolta negativamente per l'amministrazione debba essere subito conosciuta nel merito, ritardando così la definizione nel merito di altre vicende.

IV – Sembra, ancora, non coerente con le linee di evoluzione dell'ordinamento la connessione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla incisione di diritti soggettivi ad opera di provvedimenti, atti , accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio del potere amministrativo (artt. 7 n.1 e 133 lett. g e p).

La giurisprudenza costituzionale che ha elaborato il concetto in esame (sentenze nn. 204 del 2004, 191 del 2006, 35 del 2010) ha desunto la necessità dell'attinenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo all'esercizio anche mediato del potere amministrativo dall'art. 103 della Costituzione, ritenendo che sia legittima l'attribuzione, da parte del legislatore ordinario, al giudice amministrativo della cognizione di controversie relative a diritti soggettivi solo quando queste controversie investono, anche mediamente, l'esercizio del potere amministrativo.

Questo perché la Costituzione attribuisce al giudice amministrativo il ruolo di giudice dei conflitti fra potere amministrativo e privati non quello di giudice dell'amministrazione.

Tale ricostruzione non tiene conto del successivo art. 113, terzo comma, secondo il quale “La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa.”

Questa norma delinea un assetto flessibile, attribuendo al legislatore ordinario la competenza ad individuare il giudice titolare del potere di annullare gli atti della pubblica amministrazione e, in quanto il più comprende il meno, di disapplicare gli stessi con effetti limitati al caso deciso; cade quindi la riserva al giudice amministrativo della tutela degli interessi legittimi prevista dall'art. 103 (la ritenuta flessibilità dell'assetto ha consentito l'attribuzione al giudice ordinario, nell'art. 63 del d.lgs. n.165 del 2001, del potere di disapplicare gli “atti amministrativi presupposti “ nelle controversie in materia di lavoro, cioè atti amministrativi lesivi di interessi legittimi), e con essa ogni ragione della ritenuta connessione fra la giurisdizione esclusiva e l'esercizio, anche mediato, del potere amministrativo, inteso come esercizio di un potere amministrativo del quale legittimamente l'autorità afferma l'esistenza.

A questo assetto flessibile previsto dalla Carta Costituzionale sembra aver fatto riferimento il legislatore con l'attribuzione al giudice amministrativo, nella legge n.205 del 2000, della cognizione di diritti in controversie che, se non attengono all'esercizio autoritativo del potere, riguardano attività della pubblica amministrazione che coinvolgono interessi pubblici; sempre allo stesso criterio sembra riferibile la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di tutte le controversie, anche in ordine alla fase cautelare, comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati (art. 4 del d.l. n.90 del 2008).

Sembra, in sostanza, che il legislatore ordinario configuri il giudice amministrativo come una branca specializzata dell'ordine giudiziario cui affidare la cognizione delle controversie che attengono all'attività della pubblica amministrazione relativa ad interessi pubblici, elettivamente ove questa attività venga in conflitto con interessi legittimi, in base ad una specifica valutazione ove confligga con diritti soggettivi.

Questo orientamento appare coerente con la linea di tendenza che ha sostituito, anche nel comune sentire, nella qualificazione dell'attività della pubblica amministrazione il concetto di “servizio” a quello di “funzione”, venendo così ad includere nell'ambito dell'attività amministrativa oltre l'esercizio del potere anche l'attività che, sia pure svolta in posizione di parità rispetto al privato, è connotata dalla presenza e dalla cura di pregnanti interessi pubblici; appare di conseguenza non adeguata ai tempi la distinzione fra attività pubblicistica (che segna i confini della giurisdizione esclusiva) ed attività privatistica, sembrando più adeguata al divenire dell'ordinamento la distinzione fra attività della pubblica amministrazione (comprensiva di tanti soggetti privati) finalizzata alla cura di preminenti interessi collettivi ed attività dell'amministrazione finalizzata alla tutela di interessi individuali.

Se poi si ricercano altre riprove dell'evoluzione dell'ordinamento, se ne trova un esempio nello stesso istituto dell'interesse legittimo, che rappresenta la pervasività dell'interesse collettivo, la sintesi di interesse pubblico ed interesse privato.

L'ammissione, infatti, della autonoma tutelabilità dell'interesse legittimo quanto alla richiesta di risarcimento concreta, infatti, la sottrazione del profilo privatistico dell'interesse legittimo all'abbraccio del profilo pubblicistico, l'attribuzione al primo di autonomia, la configurazione di una tutela attribuita solo al profilo privatistico.

Tutto ciò corrisponde al moltiplicarsi delle situazioni in cui l'amministrazione o privati, in luogo di quella, vengono in contatto con altri privati in vicende che attengono ad interessi pubblici, sicché l'ambito della giurisdizione amministrativa viene ad essere disegnato, da specifiche scelte del legislatore, non in funzione dell'esercizio del potere amministrativo, ma in funzione del rilievo collettivo degli interessi in gioco.

V – La seconda giornata dell'incontro vede, come avviene dal convegno tenuto a Lecce nel 1997 e dedicato alla modifica dell'assetto costituzionale prevista dal testo licenziato all'epoca dalla Commissione bicamerale, una "tavola rotonda" ,che tratterà della unicità della giurisdizione e dell'essenza del " servizio giustizia".

In genere gli incontri dedicati dai giudici amministrativi a questo tema si occupano della delimitazione delle rispettive sfere delle giurisdizioni amministrativa e civile.

Vi sono valide ragioni, tuttavia, per indagare il rapporto fra giurisdizione amministrativa e giurisdizione penale, al di là dei limiti tracciati dagli artt. 651 e ss. cod. proc. pen., perché a base delle pronunce dell'un giudice vengono spesso poste affermazioni e concetti negati dall'altro giudice.

Se la libertà di convincimento di ogni giudice, nel rispetto della portata del giudicato quale disegnata dal diritto positivo, costituisce un principio fondamentale del nostro come di ogni altro ordinamento democratico, è altrettanto vero che l'univocità delle espressioni costituisce un'esigenza fondamentale di ogni organizzazione civile, fra le quali rientra l'ordinamento giudiziario.

Come le sollecitazioni fisiche o intellettuali poste al corpo umano trovano risposte coordinate, così le domande rivolte alla sfera "giustizia" dovrebbero trovare ingresso, quale che sia lo sportello al quale vengono presentate (come avviene ora grazie all'istituto della translatio iudicii), ed ottenere una risposta unitaria dai soggetti competenti per le varie branche, a seguito di un processo di osmosi interno alla "sfera".

Questo, però, è un obiettivo che va al di là delle nostre forze e, anche, della nostra capacità di immaginare strumenti concreti.

Limitiamoci, perciò, ad auspicare che l'ordinamento sia in grado di perseguire l'obiettivo della "effettività", attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo "delle tutele" come dice l'art. 44 del d.lgs. n.69 del 2009 o ,come dice l'art. 7 n.7 c.p.a., attraverso " la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge ,dei diritti soggettivi".

In conclusione, io non credo che questo incontro darà le risposte a tutte le nostre domande; sono sicuro però che, per la qualità dei relatori, avremo le risposte migliori.

Antonio Cavallari Presidente T.A.R. Lecce