

La prassi dei giudici e la sentenza amministrativa ingiusta*

I-Gli interventi dei professori Cerulli Irelli e Manganaro, che hanno avuto ad oggetto il giudizio di ottemperanza, in cui il primo ha messo in rilievo come tale giudizio abbia, nella sua attuale configurazione, la funzione di rendere gestibili tutte le sentenze amministrative e il secondo ha ripreso l'idea che il giudizio amministrativo abbia ad oggetto un frammento del potere esercitato, con il riferimento di entrambi alla recentissima sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 2 del maggio 2017, suggeriscono le brevi considerazioni che seguono.

II- I punti di snodo del nuovo corso del diritto amministrativo, e che ha ricadute immediate sul processo, sono sostanzialmente tre: il primo, deriva dalla ormai diffusa consapevolezza che tutti gli atti amministrativi sono procedimentalizzati e che la lesione dell'interesse coinvolto dal procedimento si verifica già con l'apertura del procedimento medesimo e non solo con l'emanazione dell'atto, che, in quanto appartenente al mondo giuridico, non sempre incide di per sé sull'interesse materiale al bene della vita; il secondo, è costituito dalla concezione presente nel diritto vivente dell'eccesso di potere come vizio della funzione, sindacabile a prescindere dalla motivazione dell'atto, che consente di portare, senza le strettoie della motivazione fornita dall'amministrazione, il controllo giurisdizionale dall'atto a tutto ciò che lo ha preceduto e seguito, ossia all'intera funzione in concreto esercitata; il terzo, dal tentativo di stabilire un collegamento diretto tra il procedimento e l'interesse al bene della vita in attribuzione al soggetto privato coinvolto, normalmente già esistente nel suo patrimonio prima dell'apertura del procedimento stesso, soprattutto se si considera che di quel patrimonio fa parte anche il legittimo affidamento, che costituisce poi la situazione soggettiva base dell'interesse pretensivo.

A proposito di quest'ultimo punto di snodo, mi viene di usare, non casualmente, la parola tentativo, poiché la ragione di fondo per cui siamo qui oggi e, quindi, delle riflessioni, ricchissime e di grandissimo spessore, emerse in questo incontro, ruota proprio intorno al fatto che il riferimento al bene della vita è diventata una costante di tutte le decisioni amministrative, che non hanno più ad oggetto l'atto in sé, ma gli effetti che esso ha sulla situazione giuridica di base, così come risulta dalle situazioni soggettive, disegnate dalle trame civilistiche, in cui si traduce l'interesse sostanziale, che lega il soggetto al bene della vita. Esso esiste nel patrimonio della persona prima dell'apertura del procedimento e deve essere valutato non soltanto ai fini degli effetti sostanziali dell'atto, ma anche quando l'atto viene devitalizzato attraverso l'annullamento o la rinuncia nel processo all'azione annullatoria, con la richiesta di proseguire il giudizio ai soli fini risarcitori.

Nel presente momento storico la difficoltà dei giudici e della dottrina è legata al prepotente riconoscimento dell'azione risarcitoria nel giudizio amministrativo e al fatto che lo strumento dell'interesse legittimo, per quanto possa avere una valenza sostanziale e patrimonialmente valutabile, è stato pensato in funzione dell'illegittimità e non dell'illiceità del comportamento. Quindi tutto si sposta nel processo e nella verifica dell'interesse a ricorrere; senza che sia necessario chiedersi preventivamente nell'ambito di quale vizio ci si stia muovendo. Normalmente, l'eccesso di potere oblitera gli altri vizi possibili dell'atto.

Tutto questo ha portato a un cambiamento di mentalità nella pratica quotidiana dei giudici amministrativi, sia nella fase che precede sia in quella che segue la formazione della sentenza. Essa si deve formare correttamente e deve fornire la soddisfazione massima alla parte che ha vinto il giudizio, anche attraverso l'utilizzazione del più duttile giudizio di ottemperanza, così come previsto dal codice sul processo amministrativo.

||-E' vero che la sentenza giusta è quella che non consente altri rimedi possibili e che nessuno può stabilire quando una sentenza sia giusta o ingiusta, ma è anche vero che la sentenza avvertita, dalle parti soccombenti (anche quelle che non possono permettersi le spese del giudizio di appello) e dalla comunità di riferimento, come intimamente ingiusta può portare a cambiamenti della giurisprudenza successiva, oltre ai rimedi presso le corti europee.

La prassi dei giudici, al pari della prassi delle amministrazioni, potrebbe costituire argomento di studio non soltanto per i sociologi ma anche per i giuristi. Anche perché il confine tra mera prassi e attività giuridica rilevante è molto labile. Alla prima si può reagire con rimedi di ordine processuale, alla seconda con rimedi di ordine giurisdizionale, se rilevante ai fini della configurazione del vizio di eccesso di potere.

In questa sede, si può solamente osservare che si registrano molte differenze rispetto ad alcuni anni fa. Le differenze sono dovute sicuramente all'accresciuto numero di decisioni e all'ingresso della telematica nella produzione delle decisioni giurisdizionali. Il primo fattore può determinare l'abbassamento della qualità e il secondo, nonostante i propositi opposti, può incidere sulla celerità nel deposito delle sentenze, almeno in questa fase iniziale.

Ma al di là di questo, è da registrare un modo diverso di affrontare la decisione delle singole cause in camera di consiglio. Ogni caso è a sé e viene deciso nella sua dimensione fattuale e non sistematica, dandosi per conosciuto il principio di diritto applicabile.

Venendo al concreto, la causa è normalmente conosciuta solamente dal relatore e dal presidente, cui la paziente opera delle segreterie fa pervenire tutti gli atti processuali più importanti, mentre invece, quando il numero delle cause da decidere era ragionevole, anche il consigliere anziano riceveva gli atti e gli altri componenti del collegio avevano la possibilità di conoscere, quantomeno la questione in fatto, attraverso la relazione del giudice relatore in pubblica udienza. A ciò va aggiunta la prassi, resasi necessaria per le stesse ragioni già indicate, di limitare al massimo grado la discussione degli avvocati in pubblica udienza, che il più delle volte si riportano agli atti, quasi ad accontentarsi di una decisione quale che sia, nella speranza di avere il deposito della sentenza in tempi ragionevoli.

Tuttavia, in questo quadro apparentemente non proprio esaltante, sono invalse delle prassi virtuose generate proprio dalla centralità dell'interesse sostanziale fatto valere in giudizio.

La prima è quella di non perdersi nella narrazione puntigliosa dello svolgimento del giudizio a partire dall'atto originariamente impugnato, ma piuttosto quella di andare direttamente al fatto, considerando che esso, nel diritto amministrativo, è costituito da attività giuridica e non da un episodio di vita reale, come ad esempio nel diritto penale. E l'attività giuridica è data proprio da quella parte del procedimento amministrativo portato all'attenzione del giudice attraverso i motivi di impugnazione; e ciò nella consapevolezza che il segmento procedimentale rileva non nella sua dimensione di correttezza formale, bensì nella sua capacità di provocare una illegittima 'incisione' della situazione soggettiva di base, che accompagna in maniera immanente lo svolgimento dell'azione amministrativa specifica. In questa logica la motivazione dell'atto serve solo per arrivare alla questione sostanziale e alla verifica della lesione subita.

Il giudice si trova ad affrontare una doppia difficoltà, ossia quella di 'isolare' la fattispecie fattuale così come determinata dall'azione amministrativa concretamente esercitata e poi risolvere la 'questione' giuridica determinata dall'interpretazione della normativa attuata dall'amministrazione e contestata dalla domanda del ricorrente, che si estende anche agli effetti dannosi determinati dagli effetti sostanziali dell'atto procedimentalizzato. Bisogna ricordare che 'isolare' il fatto e individuare la 'lesione'

è molto complicato, perché questo comporta la capacità di muoversi in una congerie di leggi, regolamenti, atti generali e anche prassi amministrative.

In altri termini, il giudice amministrativo moderno si trova di fronte a una situazione giuridica soggettiva, asseritamente lesa, molto più composita rispetto al passato, in quanto è chiamato a valutare gli effetti sostanziali dell'atto procedimentale, ossia quegli effetti che trapassano l'area della legittimità e si addensano sul bene preesistente, anche quando questo sia costituito dalla legittima aspettativa ad un atto favorevole, a sua volta necessario per poter conseguire il bene concreto.

Sicché, nella maggior parte dei casi, il giudice relatore deve poter rispondere almeno a due ordini di domande (del presidente), ossia, nel caso di interesse pretensivo, cosa voglia in concreto il ricorrente e se possa ottenerlo, mentre, nel caso di interesse oppositivo, se è legittima l'invasione della sua sfera giuridica da parte dell'azione amministrativa.

Questo comporta che il giudice più che valutare l'esistenza dell'interesse legittimo in astratto, così come esercitato nel procedimento, pone al centro l'interesse a ricorrere, che si è enormemente ampliato rispetto al passato, non solo perché lo costringe a valutare la situazione soggettiva anche ai fini risarcitori, ma anche perché il ricorrente viene visto dal nuovo sistema processuale nella sua dimensione di 'individuo sociale', facente parte di una comunità complessa. In altri termini, deve valutare se possiede l'azione in concreto, anche prescindendo, se del caso, dal contesto procedimentale in cui si sarebbe compiuta la lesione lamentata.

IV-Si diceva di quali sono gli accorgimenti in uso presso i giudici per rendere una sentenza possibilmente giusta nella sostanza.

Provo ad elencarne alcuni:

lo studio approfondito delle 'carte', a prescindere 'in quella fase' dalle prospettazioni delle parti, poiché solo in questo modo si arriva ad isolare il 'fatto', che nel giudizio amministrativo è costituito da attività giuridica e non materiale, come già riferito. In altri termini, partendo dall'atto originariamente impugnato, si arriva alla ricostruzione della fase procedimentale rilevante. Questo consente di escludere soluzioni che si rifugino nel sistema generale del diritto amministrativo. Sicché, il buon giudice è quello che conosce gli atti del procedimento e non il giurista, che è portato ad adattare schemi generali alla situazione concreta. Questo consente di verificare la tenuta del sistema alla luce della fattispecie concreta e non il contrario;

l'abitudine di taluni presidenti a fare una sorta di precamera di consiglio, almeno quando ci sono casi importanti da decidere, facendo in modo che si arrivi alla celebrazione del giudizio meglio preparati alla discussione con i difensori;

lo svolgimento della camera di consiglio subito dopo la fine dell'udienza, e quindi la necessità per i giudici di arrivare all'udienza pronti a decidere nell'immediatezza della discussione orale;

l'uso della decisione riservata, ossia quando, assunta una decisione provvisoria, bisogna verificarne la tenuta alla prova della motivazione;

la praticata 'umiltà' di riportare l'affare in camera di consiglio quando l'estensore, alla prese con la motivazione, si accorge di non aver considerato adeguatamente un atto oppure ne abbia ignorato la presenza, esponendo la sentenza al giudizio di revocazione, oppure quando ha dubbi su taluni profili della questione giuridica;

l'inserimento in motivazione di una frase sull'infondatezza nel merito della pretesa, anche quando la questione viene risolta in rito, anche se ciò può essere tecnicamente inutile se non addirittura sbagliato. Nelle decisioni su ricorso straordinario ciò è più frequente;

il ridotto ricorso alla ordinanza istruttoria o alla decisione parziale, preferendosi la decisione allo stato degli atti, con l'adozione della soluzione "più liquida", facendo prevalere quella di merito su quella in rito;

la giusta diffidenza per i precedenti citati dalle parti, poiché quasi sempre il fatto è diverso da quello in esame e il riferimento alla sola motivazione è fuorviante. Ogni caso è diverso, anche se simile. Le cause seriali sono pura illusione;

la tendenza ad assegnare l'affare allo stesso giudice che è stato relatore della causa in sede cautelare, visto che già conosce la questione e gli atti relativi;

disporre l'istruttoria dell'affare già nella fase cautelare, cosa peraltro prevista dal codice;

la motivazione chiara e sintetica, senza la pretesa di convincere la parte soccombente.

V-La motivazione richiede qualche considerazione in più, poiché essa è il punto di emersione dell'insieme del processo, consentendo il controllo alle parti e annullando la rilevanza della prassi.

La motivazione della sentenza amministrativa contiene delle particolarità. La tecnica motivazionale prevalente presso i giudici amministrativi è sempre più sintetica e quasi sempre chiara. Si cerca di riassumere la questione di fondo e poi la si affronta, indicando le ragioni che hanno portato a quella decisione, senza tortuosità teoriche.

Tuttavia, anche per le sentenze amministrative valgono le nozioni elaborate dalla dottrina migliore sulla motivazione delle sentenze in generale.

Esse si possono così riassumere: a) quanto alla nozione e alla natura giuridica, la motivazione costituisce l'esternazione delle ragioni della decisione, che però non è il resoconto del procedimento mentale seguito dal giudice, quanto piuttosto la giustificazione razionale della decisione già assunta, che finisce con l'essere l'inizio e non la fine della motivazione (l'autoapologia del giudice, di cui parlava il Calamandrei); b) quanto ai caratteri, essi si sostanziano nell'esistenza, l'autosufficienza e la coerenza logica. Deve inoltre avere una giustificazione interna, ossia il nesso che fonda la decisione finale sulla base del collegamento tra fatto e diritto e una giustificazione esterna, costituita dalla scelta tra le premesse di fatto e di diritto dalla cui connessione è logicamente derivata la decisione finale; c) quanto alla tipologia, rileva l'ufficialità, le personalità e il tecnicismo giuridico, senza dimenticare le motivazioni *per relationem*; d) quanto infine alla funzione, si fa riferimento alla funzione endo ed extra processuale.

La particolarità della sentenza del giudice amministrativo va individuata nella stretta relazione che intercorre tra motivazione e giudicato. Essa si basa sulla natura della situazione giuridica soggettiva su cui incide il giudicato, caratterizzato dal fatto che la coppia potestà-interesse legittimo è liquida e inestirpabile, nel senso che sopravvive alla dinamica processuale attraverso l'obbligo di conformazione dell'amministrazione alla decisione. Questo avviene attraverso lo speciale rimedio predisposto per l'esecuzione del giudicato amministrativo, ossia il giudizio di ottemperanza, non riducibile ad un giudizio esecutivo in senso stretto. Il contenuto della decisione non è dato solo dalla pronuncia di annullamento, bensì dalla valutazione che il giudice ha fatto dell'esercizio del potere amministrativo e dall'individuazione delle anomalie, che vanno corrette dalla stessa amministrazione attraverso il riesercizio del potere, indefettibilmente consegnatole dalla Costituzione.

Quindi, rendere una sentenza corretta (e giusta nella sostanza) vuol dire per il giudice prefigurarsi sempre ed in ogni caso la fase della sua esecuzione; il che significa tenere lo sguardo rivolto all'amministrazione che la dovrà prima comprendere e poi eseguire. Come era solito dire il presidente Paleologo, bisogna scrivere sentenze che siano comprensibili da parte dell'ultimo impiegato dell'ultima amministrazione del Paese.

Questo comporta che, nella prassi delle assegnazioni delle cause, le ottemperanze sono considerate dello stesso peso di quelle di merito, mentre un tempo avevano un peso addirittura inferiore alle sospensive, al pari dei regolamenti di competenza.

Orbene, il giudizio di ottemperanza è lo strumento che, nella maggior parte dei casi, consegnerà in concreto il bene della vita al vincitore del giudizio, realizzando la giustizia del caso concreto. Perciò il giudice deve rendere non soltanto sentenze giuste in diritto, ma soprattutto sentenze eseguibili in fatto.

VI-Tale ultima considerazione consente di fare riferimento alla sentenza della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 2 del 2017, apparsa in questi giorni e ricordata all'inizio. In quel caso il giudice si è trovato a doversi districare in una vicenda processuale che ha prodotto una sentenza non eseguibile, con tutti i problemi che questo comporta.

Il caso è quello di colui il quale chiede di subentrare in un contratto già eseguito dalla parte risultata aggiudicataria per effetto di una sentenza esecutiva di primo grado, non sospesa dal giudice e poi non confermata in appello. Il supremo consesso giurisdizionale ha dovuto fare applicazione dell'art. 112, comma 3, così come risulta dal decreto correttivo n. 195 del 2011, laddove ha previsto la possibilità di proporre azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato.

La sentenza merita ben più approfonditi studi e riflessioni, soprattutto per quanto concerne il risarcimento addossato in via oggettiva all'amministrazione e alla declinatoria della giurisdizione amministrativa relativamente al rapporto tra l'impresa che ha eseguito l'opera e l'impresa che avrebbe dovuto eseguirla sulla base dell'ultima sentenza che gli ha dato ragione.

La soluzione adottata comporta che l'amministrazione debba sopportare il costo dell'opera due volte. Quindi l'imprudenza dell'amministrazione, la furbizia delle imprese e qualche errore di valutazione dei giudici hanno provocato un danno alla fiscalità generale, e quindi alla collettività.

Né si deve pensare che tale conseguenza sia legata al fatto che l'impresa non aggiudicataria abbia eseguito i lavori, poiché, anche se ciò non fosse avvenuto, avrebbe potuto chiedere comunque il risarcimento del danno per aver fatto affidamento su un provvedimento favorevole poi annullato o, come nel caso di specie, su un titolo giudiziale non confermato dal giudice d'appello.

La vicenda evoca anche le perplessità, da più parti avvertite, circa la posizione della Corte di cassazione, laddove assegna la giurisdizione al giudice civile e non al giudice dell'interesse pretensivo, che è poi la base della pretesa risarcitoria di colui che ha fatto affidamento sul provvedimento annullato. Bisogna considerare che il vizio dell'atto annullato è stato determinato anche dal suo comportamento nel procedimento. La sentenza indicata favorisce indirettamente questa tendenza, laddove ha escluso la propria giurisdizione nel rapporto tra le due imprese.

Forse in quel caso, salvo verificarne meglio la possibilità processuale di farlo, l'applicazione di un criterio di giustizia sostanziale avrebbe imposto di risolvere tutte le questioni in quel giudizio di ottemperanza, individuando le specifiche responsabilità dell'amministrazione, laddove si è affrettata, senza rispettare nessun termine prudentemente fissato dal legislatore e senza che vi fosse una particolare esigenza di eseguire rapidamente i lavori, a stipulare il contratto con l'impresa che in quel momento era in possesso

del titolo giudiziale; dell'impresa che ha eseguito i lavori conoscendo l'esistenza del giudizio di appello; dell'impresa che ha chiesto di subentrare nel contratto, senza svolgere nessun tentativo di arrestare per tempo l'esecuzione del contratto e di reperire nel frattempo altre occasioni di lavoro; forse anche del giudice che non ha concesso la sospensiva proposta in appello, anche se questo fa parte del normale rischio processuale dovuto al fatto che possono esserci giudici diversi ad occuparsi della questione di merito rispetto a quelli della fase cautelare.

Questo avrebbe evitato l'inaccettabile e possibile conseguenza di dover corrispondere un compenso doppio per eseguire lo stesso lavoro. Comunque per più ampi svolgimenti sulla questione generale, ci si permette di rinviare a: *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *Riv. Giur. Edil.*, fasc. 5, 2016.

Gianpiero Paolo Cirillo

Presidente di sezione del consiglio di Stato

Coordinatore dell'ufficio studi della giustizia amministrativa

Pubblicato il 5 giugno 2017

**Lo scritto costituisce l'intervento programmato al convegno di Siena, nei giorni 19-20 maggio 2017, sul tema: La sentenza amministrativa ingiusta e sui rimedi.*