

Il nuovo Codice del processo amministrativo: il giudizio di primo grado⁽¹⁾

di

Ermanno de Francisco

Consigliere di Stato

SOMMARIO: 1 – Introduzione; 2 – La tutela cautelare; 3 – L’istruttoria; 4 – La decisione; 5 – Le azioni esperibili.

1. – Introduzione.

Si esaminerà, in questa sede, il giudizio amministrativo di primo grado; la materia trattata coincide, sostanzialmente, con il Libro II del nuovo codice del processo amministrativo, in vigore dal 16 settembre 2010. Si esaminerà, innanzitutto, la tutela cautelare, quindi l’istruttoria e infine la decisione, giacché fondamentalmente è questo l’ordine con cui, nei fatti, il processo si svolge.

In effetti, il fascicolo arriva per la prima volta davanti al giudice, nella maggior parte dei casi, nella Camera di consiglio fissata per l’esame dell’istanza cautelare che, grosso modo, può stimarsi essere presente nel sessanta per cento dei ricorsi proposti; sicché è proprio in sede di esame della domanda cautelare che hanno trovato sfogo, in pratica, le esigenze relative alla verifica della completezza istruttoria del fascicolo.

In sede di Commissione redigente del Codice – istituita presso il Consiglio di Stato ai sensi dell’art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69 – alcuni rappresentanti del libero Foro avevano caldamente esposto il loro avviso favorevole all’istituzione di una nuova e specifica fase istruttoria.

Fortunatamente, ad avviso di chi scrive, nella sua assolutezza tale richiesta non ha trovato accoglimento nel Codice; tuttavia l’art. 55, riguardante le misure cautelari, al comma 12 ha esplicitato qualcosa che, nei fatti, già avveniva nella prassi: ossia che il giudice, quando esamina la domanda cautelare, adotta, su istanza di parte i provvedimenti necessari per assicurare la completezza dell’istruttoria e l’integrità del contraddittorio.

Sicché, se il giudice si accorga che un litisconsorte necessario non sia stato evocato in giudizio, ordinerà l’integrazione nei suoi confronti del contraddittorio; o, se si avveda che manca qualche documento che sia onere dell’amministrazione depositare, ne ordinerà la produzione in giudizio.

È, come si è accennato, da valutare positivamente la scelta di non generalizzare una specifica udienza istruttoria per tutti i ricorsi, giacché la produttività del giudice amministrativo – che ancora

1) Il presente contributo è tratto dalla trascrizione, sommariamente revisionata dall’Autore, della relazione svolta il 25 novembre 2010 al “*Corso sul codice del processo amministrativo*”, organizzato e svolto presso la Presidenza del Consiglio dei ministri nei mesi di novembre e dicembre 2010.

è in grado di garantire un processo relativamente rapido, e anzi enormemente rapido se paragonato con quello che si svolge davanti al giudice civile – scaturisce proprio dal fatto che il giudice tratta la causa poche volte, ossia sostanzialmente due: la prima in sede di camera di consiglio per l'esame della domanda cautelare; la seconda nell'udienza pubblica per la decisione del merito.

Se si aggiungesse una terza occasione di esame del fascicolo, dedicata alla sua istruttoria, nella migliore delle ipotesi – a risorse invariate – si ridurrebbe di un terzo la produttività, in termini di sentenze pubblicate; nella peggiore, invece, si introdurrebbe quella fase istruttoria che, davanti al giudice civile, è forse la concausa prevalente delle lungaggini del processo, almeno in primo grado.

2. – La tutela cautelare.

La camera di consiglio fissata per la trattazione dell'istanza cautelare è, dunque, la prima occasione in cui il giudice prende cognizione del fascicolo.

A sua volta, essa può essere talvolta preceduta da una fase monocratica preliminare, sempre cautelare, che si tiene davanti al presidente (che, almeno prima del Codice, non era frequentissima).

Il procedimento cautelare è disciplinato dall'art. 55 del Codice, per quanto riguarda la sua ordinaria cognizione collegiale; nonché dai successivi artt. da 56 a 62 per gli ulteriori profili.

Iniziando dal comma 1 dell'art. 55, esso codifica un principio che ormai, in giurisprudenza, costituisce un dato acquisito: ossia che l'oggetto della tutela cautelare non è più, come prevedeva il Regolamento di procedura 17 agosto 1907, n. 642, un giudizio sulla "*domanda di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato*" (art. 36 R.d. cit.: del resto, a quell'epoca, tutta la giustizia amministrativa si risolveva in un giudizio di legittimità sull'atto impugnato).

Il nuovo Codice, preso atto che quello giurisdizionale amministrativo è ormai un giudizio che verte, nella sua globalità, sul rapporto giuridico che si svolge tra l'amministrazione e l'amministrato ed è, perciò, fondamentale teso ad assicurare la tutela degli interessi legittimi delle parti – ovvero, nelle particolari materie previste dalla legge, dei loro diritti soggettivi – ha evidenziato come ormai la tutela cautelare non si esaurisce più nella mera sospensione di un atto – la quale, però, resta statisticamente la più frequente pronuncia del giudizio cautelare – giacché in astratto, e anche in concreto in molti casi pur se non nella maggioranza di essi, il giudice amministrativo può adottare ogni altra misura idonea ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso.

Fra l'altro, ciò implica il definitivo superamento della questione, che molto si agitava fino a una decina d'anni fa in dottrina e giurisprudenza, della sospensibilità o meno degli atti negativi: sicché ormai, a fronte di ogni atto (negativo, positivo, discrezionale, vincolato, etc.), il giudice può sempre stabilire un assetto provvisorio degli interessi, destinato a durare fino alla decisione della causa, che

gli sembri il più idoneo ad assicurare interinalmente la fruttuosità della relativa decisione di merito.

Concretamente, vi sono alcuni casi nei quali la misura cautelare è davvero indispensabile per assicurare interinalmente l'utilità della decisione di merito. Basti un solo esempio, frequentissimo nella pratica: se il TAR abbia annullato, in ipotesi, le elezioni di un ente locale e sia prevista una tornata elettorale nel giro di un paio di mesi, o il giudice d'appello sospende la sentenza, ovvero, se non la sospende, provoca la cessazione della materia del contendere; se, infatti, nel frattempo, in forza dell'esecutività della sentenza di primo grado, si vota, tutta la materia controversa viene superata dall'esito delle nuove elezioni.

Dunque, salvo che il ricorso in appello risulti manifestamente infondato, in situazioni di questo tipo la tutela cautelare è volta, come talora si scrive espressamente nelle ordinanze, semplicemente a mantenere la *res adhuc integra* fino a quando si arriverà alla decisione di merito. Molti altri esempi possono farsi per il giudizio di primo grado, fra cui quelli della demolizione di grandi opere.

In effetti, quello che si persegue in sede di decisione cautelare è un delicato equilibrio tra il *periculum in mora* e il *fumus boni iuris*.

La dottrina processualcivilistica insegna che le due uniche condizioni dell'azione cautelare sono il *periculum in mora* e il *fumus boni iuris* (v., per tutti, C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, Vol. I, § 16): sicché il giudice, concettualmente, non può accogliere una domanda cautelare se non che in presenza di entrambe dette condizioni.

In concreto, tuttavia, il dosaggio tra la misura dell'uno e dell'altro che il giudice deve apprezzare per concedere o meno una misura cautelare è, essenzialmente, funzione dell'oggetto del giudizio.

Per misura cautelare si può intendere sia quella che concerne il provvedimento impugnato (o, comunque, la diversa *res* dedotta nel giudizio, se questo non sia di tipo impugnatorio), sia anche quella che, in appello, riguarda la sospensione, o meno, dell'efficacia provvisoria della sentenza di primo grado: che, sostanzialmente, ha la medesima funzione strumentale, rispetto alla c.d. potenziale fruttuosità della decisione di merito.

Orbene, esaminando ciò che accade concretamente nella prassi, è agevole riscontrare come vi siano delle situazioni nelle quali ad un minimo di *fumus boni iuris* – che è imprescindibile, perché se non ci fosse alcun *fumus boni iuris* non si potrebbe mai concedere, legittimamente, una misura cautelare – si contrappone una tale entità di *periculum in mora* da sorreggere quasi da solo l'emanando provvedimento cautelare.

Ciò si verifica allorché, se la misura cautelare non venisse concessa, verrebbe meno ogni possibilità di mantenere la *res adhuc integra* fino alla decisione del merito: nel senso che, se la

situazione non fosse cristallizzata in quel momento, la sentenza di merito risulterebbe inevitabilmente *inutiliter data*.

In queste ipotesi, la misura del *periculum in mora* necessaria per sospendere l'atto impugnato è massima, nel senso che c'è un pericolo di evidente irreparabilità; in tali casi, dunque, le ordinanze cautelari vengono motivate con quasi esclusivo riferimento al *periculum in mora*.

È frequente, in tali casi, imbattersi in questo genere di motivazioni: “Avuto particolare riguardo al *periculum in mora*, p.q.m. sospende”; oppure, “ritenuta la necessità di mantenere la *res adhuc integra* fino alla decisione del merito, p.q.m. sospende”.

Ciò non vuol dire che il giudice non abbia in qualche modo considerato anche il *fumus boni iuris*, ma che ci sono dei casi nei quali ne basta ben poco, giacché altrimenti quel poco verrebbe del tutto schiacciato dall'irreversibilità degli effetti del provvedimento impugnato.

Ci sono poi altri casi – contemplati dall'art. 55, comma 2 – in cui, al contrario, l'irreversibilità dell'effetto, per quanto ciò possa essere paradossale, è insita nello stesso provvedimento cautelare.

Un caso concretamente verificatosi – definito dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana con la decisione 21 settembre 2006, n. 518 – è stato il seguente: “*Il Comune di Catania, in vista del raduno degli Alpini che si è tenuto nei giorni 10, 11 e 12 maggio 2002, indisse una*” gara d'appalto “*per l'affidamento del servizio di noleggio e pulizia di n. 300 W.C. mobili a funzionamento chimico*”; la gara fu aggiudicata all'impresa A (azienda italiana leader nel settore dei bagni chimici, che aveva offerto un ribasso del 35,1% sul prezzo a base ^{asta}); l'aggiudicazione fu impugnata dall'impresa B (azienda locale e unica altra concorrente, che offriva un ribasso del 3%), con un “*ricorso ... depositato in data 3 maggio 2002 direttamente al Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Sezione staccata di Catania, con richiesta di misura cautelare ante causam, stante l'imminenza della manifestazione*”.

“*Ritenuti sussistenti i requisiti della estrema gravità ed urgenza tali da non consentire neppure la dilazione fino alla prima camera di consiglio utile per la trattazione della domanda cautelare, la ricorrente chiedeva e otteneva, inaudita altera parte, dal Presidente del Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Sezione staccata di Catania, decreto motivato ...del 4 maggio 2002 di sospensione degli atti impugnati*”.

“*Nel decreto presidenziale si ordinava in particolare al Presidente del seggio, al Dirigente competente, al Segretario comunale e al Sindaco di Catania di aggiudicare entro il 6 maggio 2002 ... il servizio de quo*” all'impresa B.

“*Nello stesso tempo il Presidente del Tribunale autorizzava ex art. 12 della legge n. 205/2000, la notifica a mezzo telefax del ricorso e del richiesto decreto presidenziale inaudita altera parte.*”

Tale notificazione era effettuata lo stesso giorno 4 maggio 2002".

"In data 6 maggio 2002, con decreto dirigenziale, era data esecuzione al decreto presidenziale n. 997 del 4 maggio 2002. Nella stessa data era stipulato il contratto tra il Comune e la ... [impresa B] che espletava il servizio".

"Sempre in data 6 maggio 2002 il Comune comunicava ... [all'impresa A] la sospensione dei verbali di aggiudicazione".

"Il 6 maggio 2002 si costituiva in giudizio ... [l'impresa A] chiedendo al TAR, con esito negativo (v. d.p. n. 1000/2002), il riesame del decreto presidenziale".

"in data 6 maggio 2002, mentre era data esecuzione al decreto presidenziale n. 997 del 4 maggio 2002 ed era stipulato il contratto tra il Comune e [l'impresa B], [l'impresa A] aveva ultimato il trasporto dei bagni in Catania, senza potere effettuare la consegna per l'intervenuta esecuzione del decreto cautelare del TAR, che aveva disatteso anche un'istanza di riesame"; consta infatti che la stessa impresa A "si era immediatamente attivata per effettuare il trasporto dei bagni (è depositata in atti corrispondenza commerciale dalla quale risulta che il trasporto e le forniture sono stati avviati già nella giornata del 30 aprile 2002)".

"Il provvedimento cautelare era poi ribadito in sede collegiale con ordinanza adottata dal TAR in data 13 maggio 2002".

Nondimeno, andando in contrario avviso sia rispetto all'ordinanza collegiale del 13 maggio 2002 e sia, soprattutto, al decreto cautelare monocratico presidenziale – che intanto, però, aveva già dispiegato tutti i propri irreversibili effetti, giacché nel frattempo il raduno degli Alpini si era già tenuto "nei giorni 10, 11 e 12 maggio 2002 ... e il servizio di cui trattasi era svolto dalla" impresa B – lo stesso "Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Sezione staccata di Catania, I, con sentenza n. 960/2005, in data 1 giugno 2005, respingeva il ricorso principale, prescindendo dalla eccezioni pregiudiziali, non esaminando il ricorso incidentale e compensando le spese di giudizio".

La sentenza di primo grado venne quindi appellata (oltre che dall'impresa B) anche dall'impresa A, che richiedeva: l'esame delle proprie domande incidentali; la condanna dell'impresa B ai danni ex art. 96, comma 2, c.p.c. (per aver eseguito un provvedimento cautelare senza la normale prudenza), ovvero, in subordine, ex art. 96, comma 1, c.p.c. (per aver agito in giudizio con mala fede o colpa grave); la condanna, comunque, della parte soccombente al pagamento delle spese processuali ex artt. 91 e 92 c.p.c.; nonché denunciando anche alcuni profili di "inammissibilità della domanda cautelare ante causam e del ricorso, in quanto depositato prima della sua notificazione; irrituale notificazione a mezzo fax".

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, riuniti gli appelli, ha respinto

quello dell'impresa B; mentre ha accolto quello dell'impresa A, sotto i seguenti profili:

1) “*per avere chiesto [l'impresa B] una misura cautelare provvisoria prima della notificazione del ricorso alle controparti (con modalità, come detto, non conformi all'ordinamento giuridico)*”;

2) “*per avere dato esecuzione alla aggiudicazione cautelare, disposta espressamente con riserva dell'esito del giudizio di merito, e quindi assumendo il rischio di **n** eventuale esito negativo del giudizio medesimo e della irreversibilità del danno per la controparte quale conseguenza della attività esecutiva*” (si noti come, in questo passo motivazionale, l'errore del giudice sia trattato al pari di un errore della parte istante; e infatti, se così non fosse, non avrebbe alcun senso la cauzione prevista dagli artt. 55, comma 2; 56, comma 3; 61, comma 5; e 62, comma 2, del nuovo Codice);

3) nonché per l'erronea “*compensazione delle spese di giudizio in primo grado*”.

Complessivamente, “*l'entità del risarcimento del danno va quantificata in euro 58.676,89, oltre interessi e rivalutazione monetaria*”; nonché oltre a € 12.000,00 di spese per i due gradi di giudizio.

La cosa più rilevante di questa vicenda è forse proprio questa: che per quanto il maggior errore sia stato del giudice, piuttosto che della parte, tuttavia nel processo vige il principio fondamentale – che sarà anche il frutto di una *fictio*, ma che è necessario per la convivenza civile – per cui l'errore del giudice vale come errore della parte; ossia, se il giudice sbaglia, il suo errore è, in prima battuta, giuridicamente imputabile alla parte che ha richiesto il provvedimento erroneamente emanato.

Poi, ovviamente, ci possono anche essere profili di responsabilità civile del magistrato, e per esso dello Stato, in base alla legge 13 aprile 1988, n. 117; ma ciò rileva solo in una fase successiva.

Nel rapporto immediato tra le parti in causa, se il giudice sbaglia, le conseguenze (sia risarcitorie che d'altro genere) non possono che gravare su chi ha chiesto e ottenuto il provvedimento erroneo.

Si sono appena esemplificate alcune situazioni che fanno intendere quanto la prima decisione cautelare sia fondamentale: se arriva *in extremis*, ed è sbagliata, poi non c'è più tempo per nulla, neppure per verificare in sede collegiale se il decreto presidenziale fosse giusto o sbagliato; men che mai per verificare, in appello, se il giudice di primo grado abbia adottato un provvedimento che sia, o meno, condiviso dal Consiglio di Stato. Possono residuare solo profili risarcitori o restitutori.

Vicende così eclatanti sono, per fortuna, relativamente eccezionali; ma non si può dimenticare – ai fini di una corretta imputazione delle relative responsabilità – che la scelta dei tempi processuali è nell'esclusiva disponibilità di parte ricorrente, che decide autonomamente, nell'arco di tempo che gli è concesso dalla legge – sessanta giorni per i giudizi impugnatori – quando proporre il ricorso.

Orbene, se il ricorrente, per una prognosi del tutto metagiuridica, opina – con speciale riguardo alla proposizione delle istanze cautelari – che in sede presidenziale otterrà più ascolto che in altre

sedi, o che comunque in primo grado otterrà una maggiore attenzione alle proprie istanze cautelari che non in secondo grado, è ovvio che nel suo interesse – del tutto lecitamente – presenterà il ricorso in prossimità della scadenza del termine, così da ridurre fattualmente i tempi per le verifiche, nelle fasi e nei gradi successivi, della prima decisione cautelare.

Proprio a fronte di queste situazioni, il comma 2 dell'art. 55 prevede che, qualora dalla decisione sulla domanda cautelare derivino effetti irreversibili (come nell'esempio appena fatto), il collegio – ma, già prima, anche il presidente, ex artt. 56, comma 3, e 61, comma 5 – può disporre la prestazione di una cauzione.

Quest'ultima, dunque, è volta a garantire alla parte che subisce l'effetto dannoso del provvedimento cautelare (positivo o negativo) di poter ottenere – ovviamente dal ricorrente, cui tale cauzione sia stata imposta come condizione di efficacia della misura concessa – il risarcimento del danno qualora, all'esito della complessiva vicenda processuale, fosse accertata l'erroneità della statuizione resa dal giudice della cautela; non vi potrebbe essere, dunque, prova più evidente di quanto si è testé affermato: ossia che l'ordinamento processuale considera a ogni effetto l'errore del giudice come un errore di cui, almeno in prima battuta, è chiamata a rispondere la parte istante.

Tornando a trattare della cauzione nel giudizio cautelare, merita ricordare che, in effetti, quando si discute dell'art. 55, comma 2, ci si chiese: perché “può”? non si dovrebbe, invece, dire “deve”?

Ciò perché, se l'effetto è irreversibile e il giudice non dispone cauzione, la tutela risarcitoria di controparte è a rischio, restando legata alla casuale solvibilità del ricorrente; mentre se la cautela è condizionata a cauzione, o il ricorrente versa la cauzione, o è come se non avesse ottenuto nulla.

In realtà, una “valvola di costituzionalità” (rispetto ai c.d. diritti incompressibili) è già contenuta nel secondo periodo dello stesso art. 55, comma 2; laddove si dice che per i “diritti fondamentali della persona” e per gli “altri beni di primario rilievo costituzionale”, non si può condizionare la tutela provvisoria a cauzione, perché per la salute, l'integrità fisica e altri simili situazioni nessuno può essere costretto ad anticipare il versamento di una cauzione per ottenere tutela dei propri diritti.

Nondimeno, per ogni altro diritto, ossia in pratica per quelli patrimoniali, si sarebbe invece benissimo potuto – e, forse, ciò sarebbe stato anche molto meglio – scrivere “deve”, anziché “può”.

Sta di fatto che si è optato per il “può”, onde lasciare una maggiore discrezionalità al giudice.

Ove però il giudice non eserciti in senso positivo questa sua discrezionalità, rischierebbe di creare un pregiudizio definitivo al resistente, in ipotesi di insolvenza della parte ricorrente.

Pregiudizio definitivo che, in molti casi, a causa degli effetti riflessi del provvedimento amministrativo, non si produce solo in danno della controparte, bensì anche in danno dei terzi. Non sono pochi i casi in cui un provvedimento sospeso o non sospeso provoca, ineluttabilmente, gravi

conseguenze a carico dei terzi, talvolta anche irreparabili.

La norma, che avrebbe una sua specifica utilità, finora non ha avuto però grande applicazione.

La possibilità di imporre una cauzione era già stata introdotta dall'art. 3, comma 1, della legge 21 luglio 2000, n. 205, ma, in verità, è stata di fatto applicata pochissime volte: può supporre che si contino a decine o poco più, in dieci anni, i casi in cui il giudice amministrativo abbia disposto una cauzione; adesso, volendo essere ottimisti, si potrebbe auspicare che la formulazione dell'art. 55, comma 2, induca i giudici a farlo con maggior frequenza.

È doveroso notare che la previsione del comma 2 dell'art. 55 è ripetuta, con qualche modifica, oltre che nel già ricordato comma 3 dell'articolo successivo, che riguarda il cautelare monocratico, e anche nell'art. 61, comma 5, a proposito delle misure cautelari *ante causam*.

È altresì significativo osservare che, per ambo le ipotesi di provvedimento cautelare monocratico, non sia stata ripetuta la previsione limitativa di cui al secondo periodo del comma 2 dell'art. 55; da ciò potendosi trarre argomento per individuare un più ampio "*favor cautionis*" allorché il provvedimento cautelare ad effetti potenzialmente irreversibili sia concesso dall'organo monocratico.

In tutti tali casi, dunque, l'imposizione di una cauzione dovrebbe essere la regola, cui può farsi eccezione – peraltro neppure obbligatoriamente, stando al tenore letterale della norma – nei soli casi corrispondenti a quelli cui si riferisce il secondo periodo del comma 2 dell'art. 55.

Una grande novità del nuovo rito cautelare è l'improcedibilità della domanda cautelare fino alla presentazione dell'istanza di fissazione d'udienza. Come è noto, nel processo amministrativo, salvo le materie nelle quali l'udienza è fissata d'ufficio, la parte ricorrente ha l'onere di presentare la domanda di fissazione d'udienza; tuttavia, prima del Codice, la domanda di fissazione d'udienza era un atto di parte soggetto a revoca.

Sicché la parte, presentando la domanda dopo quasi due anni dal deposito del ricorso, poteva intanto giovarsi, per tale termine, dell'efficacia interinale del provvedimento cautelare favorevole.

Il quale, in ipotesi, potrebbe essere stato concesso proprio perché, come si è già detto, si basava su una maggior considerazione del *periculum in mora* rispetto al *fumus boni iuris*.

Caso assai frequente, specie nella giurisprudenza meridionale, era quello delle ordinanze che ordinavano la demolizione di immobili: in alcune realtà locali, forse neanche irragionevolmente, la sospensione di detti provvedimenti veniva concessa, in passato, con una certa larghezza, proprio in considerazione dell'irreversibilità pratica della demolizione di un edificio.

Ebbene, la parte che avesse ottenuto un provvedimento cautelare basato essenzialmente sul *periculum in mora*, anche se talvolta con un *fumus boni iuris* un po' traballante, poteva avere

interesse a non far decidere il merito per il maggior lasso temporale possibile – talora mediante un disinvolto esercizio del potere di revocare l’istanza di fissazione d’udienza – magari poi giovandosi anche dell’intasamento dei ruoli, per non vederlo definito praticamente mai.

Adesso, invece, innanzitutto è precluso al giudice di decidere sulla domanda cautelare finché non sia stata presentata l’istanza di fissazione (art. 55, comma 4); cosicché a nessuno è consentito di preconstituirsì da solo i primi due anni di effetto soprassessorio.

Inoltre, è stato introdotto il principio opposto: ossia che l’istanza di fissazione d’udienza non è più revocabile (art. 71, comma 1). È, questa, un’enorme novità: il combinato disposto di tali previsioni implica, oggi, che allorché si ottenga la cautela il merito vada sempre deciso a breve.

Questa norma si correla con il comma 11 dell’art. 55, che impone che l’ordinanza con cui è disposta una misura cautelare fissi sempre la data di discussione del ricorso nel merito.

Dunque, se è accolta l’istanza cautelare, deve essere immediatamente stabilito quando si discuterà il merito. Magari anche dopo un anno; però comunque l’efficacia interinale della misura cautelare viene assoggettata a un termine certo, non essendo più possibile che resti appesa *sine die*.

Tanto ciò è vero che, se il TAR non vi ottempera, ai sensi del periodo successivo dello stesso comma 11 è lo stesso giudice d’appello, ove confermi la misura cautelare, a dover ordinare di fissare l’udienza. In una stesura precedente delle bozze del Codice, si era scritto “fissa” l’udienza. Poi, invece, il riconoscimento dell’autonomia nella gestione dei ruoli da parte del giudice di primo grado ha consigliato, forse opportunamente, di restituire la questione al primo giudice, ma con l’ordine espresso di fissare l’udienza. Se il primo giudice non vi ottemperasse, si sarebbe di fronte a una situazione patologica, ai limiti della rilevanza penale per omissione d’atti d’ufficio; dunque ciò è impensabile, o almeno dovrebbe esserlo.

Parimenti molto significativa è l’innovazione introdotta dal comma 5.

Fino a oggi, la data in cui si discuteva la sospensiva davanti al TAR era grosso modo casuale.

In realtà, non avrebbe dovuto esserlo neanche in passato.

Dal combinato disposto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 – il cui articolo 21, comma 2, primo periodo, stabilisce che “*il ricorso ... deve essere depositato nella segreteria del TAR entro trenta giorni dall’ultima notifica*” – e del Regolamento di procedura 17 agosto 1907, n. 642 – il cui art. 36, IV comma, stabilisce che sulle “*domande di sospensione della esecuzione dell’atto amministrativo*”, tanto se proposte nel ricorso che se introdotte con successivo e separato atto, “*la sezione pronuncia nella prima udienza dopo spirato il termine*”, il quale è di “*dieci giorni dalla notifica*” ai sensi del II comma, salvo che sia abbreviato ai sensi del III comma – è dato ricavare, con la migliore dottrina (Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994,

§ 174), che anche il sistema previgente prevedeva un automatismo nell'individuazione della data in cui l'istanza di sospensiva si sarebbe dovuta discutere, nei sensi di cui appresso.

“Cioè, si può ritenere che se il ricorrente desidera discutere subito l'istanza di sospensiva debba depositare immediatamente il ricorso, e comunque prima dello scadere del decimo giorno dall'ultima notifica, per consentire appunto la trattazione della sospensiva nella prima udienza utile successiva allo scadere del decimo giorno da tale notifica”.

“Qualora il ricorrente non manifesti tale urgenza e lasci trascorrere il decimo giorno per il deposito, ciò è segno che egli, pur non rinunciando alla sospensiva, intende avvalersi del diritto del termine più lungo di trenta giorni stabilito per il deposito del ricorso. In tal caso la sospensiva, anche se il deposito avvenga prima del trentesimo giorno (ma dopo il decimo) dalla notifica, non potrà essere discussa che all'udienza utile successiva allo scadere del trentesimo giorno”.

“In questo modo gli intimati, una volta assicuratisi che il ricorso non è stato depositato il decimo giorno e che quindi la domanda di sospensione non potrà essere portata alla prima udienza utile successiva a questa data, sono resi consapevoli che la sospensiva medesima sarà discussa alla prima udienza utile successiva allo scadere del trentesimo giorno dall'ultima notifica”.

In altri termini, giacché la legge prevedeva che l'istanza cautelare fosse trattata in camera di consiglio nella prima data utile successiva alla scadenza del termine per il suo deposito, ne derivava che, se il ricorso era depositato, poniamo, dopo venti giorni, poiché il termine ultimo per il deposito era il trentesimo giorno, alla prima camera di consiglio dopo di esso si discuteva la sospensiva.

Il paradosso, però, è che se il ricorso è depositato proprio il trentesimo giorno e la prima camera di consiglio successiva è, in ipotesi, il giorno dopo, secondo la legge la sospensiva avrebbe dovuto discutersi l'indomani: ma ciò significava metterla sul tavolo di un relatore completamente al buio.

La situazione era ulteriormente complicata dal fatto che un'altra disposizione – ossia il cit. art. 36 del Regolamento di procedura n. 642 del 1907 – diceva qualcosa di leggermente diverso, il cui significato ermeneutico poteva riassumersi così: se, invece, il ricorrente avesse depositato il ricorso entro il decimo giorno dall'ultima sua notificazione alle controparti, allora l'istanza cautelare avrebbe dovuto essere trattata in udienza nella prima data utile, ossia nella prima udienza in calendario giudiziario, successiva a tale decimo giorno.

Dunque, se il deposito fosse avvenuto nel decimo giorno dall'ultima notifica, il ricorso andava trattato alla prima camera di consiglio successiva, e potenzialmente anche il giorno dopo.

In pratica, quindi, c'erano due possibilità: se il ricorrente depositava nei dieci giorni, si sarebbe dovuti andare alla prima camera di consiglio dopo il decimo giorno (sicché poteva anche discutersi nell'undicesimo giorno dall'ultima notificazione del ricorso); se invece depositava tra l'undicesimo

e il trentesimo giorno, si sarebbe andati in discussione alla prima data utile dopo il trentesimo giorno: in ambo i casi, senza alcuna garanzia che fosse assicurato il benché minimo iato temporale tra il deposito e la camera di consiglio (se non che affidandosi alla mera e casuale eventualità che nel giorno successivo al deposito intervenuto nell'ultimo giorno utile, non fosse prevista in calendario alcuna camera di consiglio).

Il paradosso sta nel fatto che il ricorrente potrebbe non avere interesse a depositare prima dell'ultimo giorno, per sottrarre spazio difensivo ai resistenti; mentre costoro, prima del deposito del ricorso, non si possono costituire, perché altrimenti sarebbero costretti a iscriverne la causa a ruolo, laddove essi, non avendo interesse alla decisione, sperano che il ricorrente non depositi mai.

Se, dunque, il ricorrente depositava l'ultimo giorno – sia che esso, a scelta del ricorrente, fosse il decimo ovvero il trentesimo – il ricorso rischiava di poter andare in udienza l'undicesimo o il trentunesimo giorno, e quindi i resistenti non avevano altra possibilità che costituirsi in udienza.

Sicché avrebbero dovuto predisporre le proprie memorie difensive appena ricevuta la notifica, per l'eventualità che il ricorrente avesse poi tempestivamente depositato l'istanza, ovvero nella sola notte successiva al decimo giorno, ammesso di essere stati presenti in Segreteria il decimo giorno alle ore 13 meno un minuto e aver potuto ivi verificare se quel tale ricorso fosse stato depositato.

Va però considerato che, se nel 1907 questa era una verifica di facile soluzione perché pervenivano non più che pochi ricorsi al giorno al Consiglio di Stato, ciò adesso sarebbe del tutto impossibile, giacché il solo passaggio dall'ufficio ricezione atti alla Sezione richiede alcuni giorni.

È evidente, dunque, che la previgente situazione normativa era via via divenuta ingestibile.

Pertanto, nei fatti, le cose non andavano più assolutamente così; e, per la sua difficile attuazione, l'automatismo previsto dalle ricordate disposizioni normative era ormai del tutto desueto.

Sostanzialmente, nella maggior parte dei TAR e presso il Consiglio di Stato, il meccanismo, almeno negli anni più recenti, ha funzionato in tutt'altro modo.

Il ricorso con l'istanza cautelare, dunque, si doveva depositare nel termine di trenta giorni.

Di fatto, il ricorrente depositava la domanda cautelare quando voleva, purché entro detto termine decadenziale, e subito dopo il presidente del TAR, allorché aveva spazio nel ruolo, fissava più o meno sollecitamente la data della camera di consiglio per la trattazione della sospensiva – in realtà, di norma, abbastanza rapidamente – e poi, ovviamente, ne dava avviso alle parti.

Se avesse rispettato le scadenze che si sono testé illustrate, l'avviso non sarebbe stato necessario, in quanto la data d'udienza avrebbe dovuto essere automaticamente individuata dalla legge.

Tuttavia non andava in quel modo, ma nell'altro: il presidente, cioè, fissava discrezionalmente la camera e mandava l'avviso alle parti. Col vantaggio, in realtà essenziale, di far decorrere un certo

termine – in teoria non previsto dalla legge – tra il giorno del deposito e quello della discussione, così da evitare che quest'ultima avvenisse davanti a un collegio del tutto ignaro dell'affare trattato.

Tanto le cose andavano così, che la maggior parte degli operatori pratici – compresi taluni di coloro che hanno fatto parte della Commissione per la stesura del Codice – neanche sapevano che, in teoria, il meccanismo normativo di fissazione dell'udienza era quello che si è descritto poc'anzi.

È su questa realtà, disastrosa perché non più in linea con i tempi, che è intervenuto il comma 5 dell'art. 55, con cui il legislatore ha cercato di fare la scelta più chiara possibile, conciliando l'esigenza di portare in udienza rapidamente l'istanza cautelare – anche per non intasare gli uffici giudiziari con richieste di decreti monocratici ai sensi dell'art. 56 – con la contrapposta esigenza di consentire alle parti intimiate di difendersi seriamente.

È stato così individuato un meccanismo che tiene conto della necessità che sia decorso un certo termine dall'ultima notifica, ampliato da dieci a venti giorni; ma anche, cumulativamente, un certo termine dal giorno del deposito.

Sicché oggi il ricorrente può depositare quando vuole, nel termine massimo dei trenta giorni che ora l'art. 45 pone come limite generale a pena di decadenza per effettuare il deposito di ogni atto.

Se però deposita entro i dieci giorni dall'ultima notifica, andrà in udienza il ventunesimo giorno dall'ultima notifica, ovvero il primo giorno in cui il TAR tiene udienza a partire da tale data in poi.

Se invece deposita dopo il decimo giorno, andrà in udienza un po' più tardi, sempre però dopo dieci giorni da quello in cui abbia effettivamente depositato il ricorso o l'istanza cautelare.

È assai significativo rilevare che la nuova norma stabilisce che la camera di consiglio è automaticamente individuata dalla legge nel primo giorno in cui c'è udienza successivo a venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, ma anche a dieci dal deposito.

In questo modo, da un lato, si è garantito che dal deposito del ricorso presso il TAR debbano comunque passare almeno dieci giorni prima che si vada in udienza, così consentendo ai resistenti di costituirsi avendo il tempo per trovare il fascicolo e depositarvi i propri scritti difensivi e altresì al collegio di poter conoscere l'affare su cui è chiamato a provvedere.

La previsione, dall'altro lato, si correla – in caso di provvedimento cautelare monocratico – alla disposizione di cui all'art. 56, comma 4, che sottrae al presidente o al magistrato delegato che abbia anticipato la concessione della misura cautelare il potere di fissare per la pronuncia del collegio una data diversa da quella indicata dalla legge e ad essa successiva, sanzionando automaticamente, con la perdita di efficacia della misura cautelare monocratica, ogni ipotesi in cui il collegio non provveda sulla domanda cautelare nella camera di consiglio di cui all'art. 55, comma 5: ossia nella prima che sia prevista dal calendario (che, ai sensi dell'art. 2 della Norme di attuazione del Codice,

“è fissato con cadenza annuale dai presidenti delle sezioni”) dopo la scadenza del doppio termine, di venti giorni dall’ultima notificazione e di dieci giorni dall’avvenuto deposito, di cui al comma 5.

In altri termini, a chi abbia concesso una misura monocratica ex art. 56 il nuovo regime ha inteso sottrarre ogni discrezionalità nella fissazione della data in cui il collegio sia chiamato a rendere la pronuncia cautelare definitiva.

Tale data non può che essere – in caso di decreto di accoglimento dell’istanza cautelare – quella di cui all’art. 55, comma 5; se, per avventura, nel decreto sia indicata una data diversa e successiva, ciò non si risolverebbe in una mera illegittimità, ma troverebbe specifica sanzione processuale nell’inefficacia della misura cautelare presidenziale dopo la data in cui la vicenda cautelare avrebbe dovuto essere portata all’esame del collegio, senza che questo per qualsivoglia ragione (compresa la fissazione presidenziale di una data diversa e successiva) abbia provveduto in proposito.

Competente a dichiarare l’intervenuta decadenza della misura è, ovviamente, sia lo stesso collegio in sede di definizione della vicenda cautelare (con statuizione appellabile, se si tratti di giudice di primo grado), sia ogni altro giudice chiamato a conoscere della causa anche nel merito; nondimeno, trattandosi di un’inefficacia che deriva automaticamente dalla fattispecie legale, tale pronuncia è meramente dichiarativa, sicché già prima di essa le parti stesse potranno prescindere dall’osservanza della misura cautelare monocratica di cui ritengano cessata l’efficacia (facendosi carico, ovviamente, del rischio connesso alla relativa valutazione, ove essa risulti poi erronea).

Inoltre, la norma in esame ha codificato un’esigenza molto sentita nella prassi, ma che non trovava sfogo, e che era quella di coartare i resistenti a costituirsi almeno qualche ora prima della camera di consiglio.

Per anni si è assistito al deposito di consistenti memorie e documenti nella camera di consiglio in cui si decideva la sospensiva.

Il fatto è che, in sede di sospensiva, i difensori delle parti, terminata la discussione in camera di consiglio, escono. La camera di consiglio, come “udienza privata”, non è aperta al pubblico, dunque non sono presenti le parti. Sono ascoltati, solo se ne fanno richiesta, i loro difensori. Usciti i difensori, il collegio decide davvero e in via definitiva.

Nel senso che quando esce la causa numero 1, prima che sia chiamata la causa numero 2 passano alcuni minuti – a volte pochissimi, essendo evidente lo scrutinio del ricorso – durante i quali il collegio realmente decide l’istanza cautelare. Ognuno si rende conto che sarebbe una *fictio* dire che il collegio abbia potuto tener conto di una documentazione troppo copiosa, depositata in udienza.

Taluni obiettavano che la legge dà alle parti facoltà di costituirsi e di depositare gli atti.

Intendendo con ciò dire che gli atti si depositano, si mettono nel fascicolo e, quando verrà il merito, si guarderanno; ma questa tesi ovviamente non è seria, e perciò la legge ha ovviato imponendo il deposito almeno due giorni liberi prima.

I giorni sono due perché, com'è noto, in particolari materie – peraltro le più incandescenti, come gli appalti, i provvedimenti delle autorità e quant'altro, un tempo disciplinate dall'art. 23-bis della legge TAR n. 1034/71 e oggi dagli artt. 119 e seguenti del Codice – è previsto il dimezzamento di tutti i termini. In tali casi, dunque, il deposito va fatto almeno un giorno libero prima dell'udienza.

E un giorno libero prima vuol dire che, se l'udienza è oggi, si deve depositare entro l'altro ieri, così che sia il giudice che i difensori delle controparti abbiano avuto perlomeno tutta la giornata di ieri per esaminare i depositi effettuati e per studiare le memorie.

Nei limiti di quella *summaria cognitio* che è tipica della fase cautelare, ciò può senz'altro ritenersi sufficiente, salvo il caso che si tratti di atti eccessivamente ponderosi. Se il numero delle pagine depositate è ragionevole (cioè se si tratta di qualche decina), in una giornata si riesce sicuramente a verificarle, almeno a livello di *fumus boni iuris* e non dovendosi decidere il merito.

Quest'esigenza era tanto sentita, che il presidente della quarta sezione del Consiglio di Stato, già da qualche anno, aveva emanato un'ordinanza con cui imponeva sostanzialmente lo stesso termine.

Peccato che ciò non avesse, per unanime riconoscimento, alcuna base normativa.

Ora, invece, il meccanismo dovrebbe funzionare un po' meglio.

È stata disciplinata anche tutta la fase del contraddittorio prima dell'udienza cautelare.

In camera di consiglio gli avvocati trattano la causa oralmente, ai sensi del comma 7.

Non è più ammesso il deposito di scritti difensivi in camera di consiglio, proprio perché il termine per il loro deposito è quello di due giorni liberi prima della camera di consiglio.

Nondimeno, per gravi ed eccezionali ragioni il collegio, ai sensi del comma 8, può autorizzare la produzione di documenti: vuoi perché il documento potrebbe essere sopravvenuto, vuoi perché potrebbe costituire motivo di revisione, ovvero perché, se anche non fosse sopravvenuto, potendo comunque essere ancora prodotto ai fini della decisione di merito, non è opportuno che sia del tutto estromesso dal giudizio cautelare, sebbene tradivo, affinché la cautela sia data su una cognizione di atti il meno possibile diversa, si auspica, da quella sulla base dei quali atti si deciderà il merito.

Altrettanto non è a dirsi, invece, per le memorie, perché altrimenti ci sarebbe una violazione di contraddittorio: sia perché il giudice, senza un minimo di anticipo, non può leggere nella stessa camera di consiglio memorie che, a volte, superano anche le 100 pagine; sia perché, comunque, la controparte non conosce la nuova memoria e, anche ove se ne imponga lo scambio *in limine* dell'udienza, quando le pagine sono toppe nemmeno il difensore riesce a conoscere l'atto

avversario prima di iniziare la discussione.

Dunque, per gravi ed eccezionali ragioni, nell'udienza cautelare può ammettersi il deposito di nuovi documenti, ma non di memorie; fra l'altro, essendovi facoltà di trattazione e difesa orale, ciò che si voleva scrivere lo puoi comunque esporre verbalmente, la controparte ascolta e può replicare.

È forse possibile che a tutto questo faccia eccezione, in qualche misura, l'art. 54, che però è una norma generale, mentre quella che vieta la produzione in udienza di memoria è una norma specifica del procedimento cautelare.

L'art. 54, in base al quale il giudice può consentire il deposito tardivo di memorie e documenti, impone però che sia sempre assicurato il contraddittorio sugli atti tardivamente depositati, nonché condiziona l'autorizzazione tardiva all'estrema difficoltà, per la parte, di rispettare il termine.

Non è affatto sicuro che l'art. 54, in quanto norma generale, possa derogare alla norma speciale che riguarda il rito cautelare, di cui al comma 8; è, cioè, possibile che l'art. 54 vada riferito solo alla decisione del ricorso nel merito. Tuttavia, se anche si ritenesse che la norma, sebbene generale, possa valere anche per il procedimento cautelare – ove pure c'è una norma speciale, che appunto è l'art. 55, comma 8, che consente l'eccezione solo per i documenti ma non per le memorie, e che dunque per le memorie la vieta – l'obbligo di garantire il contraddittorio implica che se la memoria è di due pagine, la garanzia del contraddittorio probabilmente è data dal mero scambio *in limine discussionis*; ma se invece la memoria è di 50 pagine, l'unico modo per garantire il contraddittorio è il rinvio della camera di consiglio, facoltà di cui il giudice ovviamente sempre dispone.

Il comma 9 ribadisce che l'ordinanza cautelare debba essere motivata.

In realtà, non c'è verso di costringere il giudice a motivare, se egli vuol nascondersi dietro frasi di stile come: “ritenuta la sussistenza dei presupposti di legge, accoglie”; “ritenuta l'insussistenza dei presupposti di legge, respinge”.

Queste, ed altre simili, evidentemente non sono motivazioni, ma solo pseudo motivazioni.

La motivazione non consiste in un'esposizione necessariamente lunga, anzi può essere ancor più breve di quelle tautologie testé ricordate.

Può, per esempio, consistere anche solo in frasi di questo genere: “ritenuto il *fumus boni iuris* in ordine al terzo motivo di ricorso, p.q.m. accoglie”.

È, quest'ultima, una motivazione bensì brevissima, ma quanto mai chiara: essa significa, in sostanza, che il primo e il secondo motivo, a una sommara delibazione, non meritano seguito; ma il terzo è fondato e perciò il giudice ritiene di concedere la misura cautelare.

La motivazione non è quella che molto spesso accompagna i provvedimenti cautelari del giudice

ordinario, dove si talvolta si scrive una sentenza di venti pagine, solo che la si chiama “ordinanza”.

Motivare significa “dire qualcosa”, e ciò non rende il giudice incompatibile a decidere il merito.

La Corte Costituzionale, per fortuna, è stata molto chiara nell’affermare che nel processo civile (cfr. Corte cost., 7 novembre 1997, n. 326) e in quello amministrativo (cfr. Corte cost., 21 ottobre 1998, n. 359) il fatto che il giudice si sia già pronunciato in sede cautelare non ne elide la terzietà ai fini della decisione del merito, in ragione del differente oggetto della cognizione del cautelare e di quella di merito (viceversa, per il processo penale Corte cost. 15 settembre 1995, n. 432 è pervenuta all’opposta conclusione dell’assoluta incompatibilità del giudice della misura cautelare personale ad essere anche giudice del dibattimento).

Nell’ovvia premessa che il giudizio di merito non integra un grado diverso, e un’impugnazione, rispetto a quello cautelare, l’uno e l’altro costituendo fasi distinte dello stesso grado del processo civile o amministrativo, la Corte ha evidenziato che nel giudizio cautelare oggetto della cognizione è l’apprezzamento del mero *fumus boni iuris*, cioè dell’apparente sussistenza di una fondatezza della domanda, ma solo superficialmente ossia *prima facie*; nel merito, invece, si svolge una *cognitio plena*, dunque la questione viene esaminata diversamente, dunque senza una particolare incidenza della prima e provvisoria valutazione su quella definitiva e completa.

È verissimo, infatti, che non c’è nessun timore, per un giudice che sia e si senta terzo e indipendente, a dire che aveva bensì concesso la misura cautelare ravvisando il *fumus boni iuris*, ma che invece, nel merito, *melius re perpensa*, ritiene di respingere il ricorso.

È, in effetti, solo chi non si senta imparziale, o reputi di non essere considerato tale, a poter avere remore nel rendere, in sequenza, siffatte pronunce; magari temendo che il cambio di opinione possa apparire imputabile a chissà quale sopravvenienza illecita.

Il giudice sereno e sicuro di se stesso non ha alcun problema a dire che, all’apparenza, gli era parso che ci fosse un qualche elemento di fondatezza – tenuto conto che poi questo *quantum* di fondatezza lo deve anche valutare in rapporto alle conseguenze del *periculum in mora*, cioè quanto sia irreversibile il lasciar passare del tempo senza dare un qualche provvedimento – ma che poi, avendo studiato la cosa *funditus* per la decisione di merito – dove il *periculum in mora* non conta più nulla – ben può essersi accorto che le cose stanno diversamente.

Comunque, già l’art. 3, comma 1, della legge 21 luglio 2000, n. 205, imponeva la motivazione delle ordinanze cautelari (ma, in realtà, la motivazione era già imposta anche dal previgente ultimo comma dell’art. 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, poi novellato dal cit. art. 3; nonché sin dai tempi dell’art. 39 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, e dell’art. 31 del T.U. 17 agosto 1907, n.

638).

Soprattutto, però, un obbligo ineludibile di motivazione consegue all'art. 111 Cost., il cui VI comma (già I comma) stabilisce che “*Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*”.

Il giudice, evidentemente, non emana ordalie o verdetti “americani” di innocenza o colpevolezza basati sulla libera opinione. Piuttosto, egli deve esprimere un proprio convincimento motivato, che va in qualche modo esternato, sicché da sempre – ma soprattutto dall'entrata in vigore della Costituzione – sarebbe stato doveroso rendere, anche in materia cautelare, provvedimenti motivati.

È un fatto che i giudici ordinari tendano a motivare troppo: dopodiché si trovano, moralmente se pur non giuridicamente, con le mani legate in sede di merito (cfr. Corte cost. n. 326/1997, cit.).

Anche a chi abbia scritto molte pagine di motivazione in sede cautelare, nulla vieta di mutare opinione in sede di merito; gli risulterà, però, molto difficile farlo, quantomeno perché si sentirebbe in dovere di confutare le proprie affermazioni di segno contrario esternate nella decisione cautelare.

Se, invece, il giudice della fase cautelare scriva solamente: “ritenuto il *fumus boni iuris* con riferimento al terzo motivo, p.q.m. accoglie”; ebbene, in tal caso nel merito non gli ci vorrà molto a spiegare che il terzo motivo, che a un primo esame superficiale era apparso assistito da profili di *fumus boni iuris*, a un più attento esame si è invece rivelato infondato per vari motivi.

Dunque la motivazione del cautelare deve essere tendenzialmente molto breve, ma è necessaria.

Una significativa novità è stata introdotta dal comma 10, che riprende un'analogia norma dell'art. 23-bis della legge 1034/71, che era però limitata solo ai ricorsi vertenti sulle materie indicate in detto art. 23-bis, ossia quelle che oggi sono indicate nell'art. 119 del Codice.

Ove sia sufficiente a tutelare interinalmente le esigenze cautelari del ricorrente il mero fatto di fissare il merito a una data prossima, prima della quale non ci possano essere conseguenze pregiudizievoli, ebbene non v'è alcun motivo di sospendere l'efficacia del provvedimento impugnato o di emanare chissà quale altra misura cautelare atipica; se, ad esempio, è impugnata la nomina di Tizio a tale incarico, se Tizio entrerà in carica il primo gennaio dell'anno prossimo e oggi è il quindici giugno, fissando il merito al dieci ottobre si potrà ragionevolmente decidere la causa, e sperabilmente anche pubblicarne la sentenza, prima che un pregiudizio si possa verificare.

Se, dunque, ogni esigenza cautelare è risolta dalla mera decisione rapida del ricorso, non occorre emanare misure cautelari.

Questo era già previsto dall'art. 23-bis, comma 3, della legge TAR, in base al quale il giudice, se riteneva che il ricorso fosse assistito da *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, fissava l'udienza di merito entro trenta giorni. Per casi diversi, ai sensi del comma 5, si prevedeva che laddove, invece, nelle more di detti trenta giorni si potesse verificare un pregiudizio particolarmente qualificato, non

ovviabile dalla mera fissazione sollecita del merito, solo in tali casi il giudice avrebbe potuto accompagnare la fissazione dell'udienza del merito entro trenta giorni – comunque imposta dal comma 3 – anche con l'emanazione di misure cautelari.

Di fatto, invece, non raramente accadeva che le misure cautelari restassero in piedi a tempo indeterminato, non essendo accompagnate dalla fissazione dell'udienza di merito: sia perché i ruoli di merito erano intasati; sia perché la decisione del merito risulta più impegnativa per il giudice; sia, infine, perché il giudice del cautelare poteva non essere quello competente a decidere il merito.

Quest'ultima ipotesi, non infrequente, si verificava allorché fosse stato proposto il regolamento di competenza, giacché anche la vecchia normativa impediva di decidere il merito prima che fosse stato esitato il regolamento di competenza, salvo che esso non fosse stato ritenuto manifestamente infondato dallo stesso giudice adito, con sentenza semplificata (giacché prima del Codice era prevista una sommaria delibazione del TAR per i casi di manifesta infondatezza); ma questo non era un caso molto frequente, perché l'abuso della derogabilità della competenza – c.d. "*forum shopping*" o "turismo cautelare" – rendeva spesso i regolamenti di competenza manifestamente fondati, e non certo manifestamente infondati.

Oggi si è generalizzato il principio, in tutte le materie, che se ad evitare ogni pregiudizio è sufficiente decidere il merito rapidamente, ciò basta a non emanare misure cautelari specifiche. Il che può avvenire anche ad opera del giudice d'appello, che inviti il TAR a fissare l'udienza ai sensi del secondo periodo dello stesso comma 10.

In tema di competenza, è interessante il comma 13.

Di competenza si è trattato in altra occasione, dunque ad essa si accennerà appena.

È ben noto che ora la competenza è stata resa inderogabile, sia quella per materia ex art. 14 del Codice, sia quella per territorio ex art. 13 del Codice, sia in ogni altra ipotesi, cioè anche allorché la competenza si modifichi per effetto di domanda riconvenzionale proposta con ricorso incidentale.

Tutte le competenze sono state rese inderogabili, tranne quella scaturente dal riparto degli affari tra sede del TAR e sua sezione staccata, che è inderogabile solo quando è funzionale, cioè quando è stabilita ai sensi dell'art. 14; non invece per territorio semplice, ossia se è stabilita dall'art. 13.

Ebbene, il giudice a cui la parte si sia rivolta può disporre misure cautelari solo se ritiene di essere competente anche per la decisione del merito.

Se ritiene di non esserlo, è tenuto a provvedere ai sensi dell'art. 15, commi 5 e 6: il che significa che se ritiene di essere incompetente deve denegare, per questa sola ragione, la misura cautelare.

Dopo di che, o definisce la causa con ordinanza declaratoria della propria incompetenza, anche ai fini della cognizione del merito (e ciò farà ove reputi palese la propria incompetenza); oppure (se

abbia qualche dubbio, ovvero se pensi che le parti probabilmente non si acquieteranno su tale declaratoria, ma la impugneranno) può prevenire ogni impugnazione di parte chiedendo d'ufficio il regolamento di competenza e facendo così definire una volta per tutte dal Consiglio di Stato la questione di competenza.

L'art. 15, comma 5, ultimo periodo, stabilisce che allorché un TAR sollevi regolamento d'ufficio di competenza, debba comunque indicare il TAR che, a suo avviso, sia competente.

Tale indicazione non è meramente pleonastica, ma è necessaria perché (ai sensi del comma 7 dell'art. 15) nelle more del procedimento per il regolamento della competenza, la parte interessata può riproporre le istanze cautelari al TAR indicato nell'ordinanza con cui il primo giudice adito ha richiesto il regolamento d'ufficio.

Il secondo giudice, ossia quello indicato nella richiesta di regolamento d'ufficio, è competente a provvedere sulle istanze cautelari quand'anche, in esito al regolamento di competenza, possa non essere dichiarato competente, perché è la legge gli attribuisce una competenza interinale fittizia, onde evitare che, nelle more della definizione della questione di competenza, si crei una cesura nel principio di origine costituzionale della c.d. "necessaria continuità della tutela cautelare".

All'art. 62, comma 4, è stato scritto in modo molto incisivo – perché si è ritenuto di dover correggere un sistema che da quarant'anni era abituato a considerare la competenza un *optional* – quello che deve fare il giudice di appello ove riscontri che un provvedimento cautelare sia stato emanato da un giudice incompetente: si è stabilito che, se riscontra anche d'ufficio l'incompetenza del TAR adito che abbia concesso misure cautelari, annulla ogni misura cautelare emanata dal giudice incompetente, salvo quelle emanate dal TAR che sia stato indicato ai sensi del comma 7 dell'art. 15 (perché tale giudice, per definizione, è provvisoriamente competente per il cautelare).

Tali misure, pur non restando per sempre efficaci, sopravvivono però per trenta giorni alla pronuncia di incompetenza sia del TAR adito che di quello indicato ai sensi dell'art. 15, comma 7.

Ad esempio: se sia stato adito il TAR di Genova e questo sollevi regolamento di competenza indicando come competente il TAR di Milano, se il Consiglio di Stato, decidendo il regolamento, dichiara la competenza del TAR di Roma, le eventuali misure cautelari concesse da Genova sono comunque annullate dal Consiglio di Stato (ai sensi dell'art. 62, comma 4), quand'anche il ricorso risulti assistito da *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Esse vanno annullate per la mera ragione che sono state emanate da un TAR incompetente. Viceversa, le eventuali le misure cautelari che siano state concesse dal TAR di Milano sopravvivono, nonostante anch'esso sia risultato incompetente, alla dichiarazione di incompetenza di Genova e di Milano in favore di quella di Roma, per trenta giorni, così da assicurare alla parte la "continuità di tutela cautelare"; sicché, in

quei trenta giorni di ultrattività delle misure emanate, in questo esempio, dal TAR di Milano, la parte ha tempo di riproporre le sue istanze cautelari al giudice definitivamente competente, ossia nella specie al TAR del Lazio.

A questo punto, esaminiamo più attentamente l'art. 62, comma 4, che è una norma chiave del Codice, soprattutto in ordine al regime della competenza.

Il primo testo del Codice che fu elaborato dal Consiglio di Stato prevedeva il mantenimento dell'originario regime di competenza derogabile, che quindi sarebbe stata eccepibile solo mediante istanza di regolamento di competenza ad opera della parte interessata. In una prima versione del Codice, quella approvata dal Governo in sede di esame preliminare del decreto delegato, solo nella fase cautelare il giudice avrebbe potuto, e dunque dovuto, rilevare d'ufficio l'incompetenza.

Accadde, però, che i pareri resi dalle competenti commissioni parlamentari furono difformi: un ramo di Parlamento suggeriva di tornare al regime precedente, quello della piena derogabilità della competenza; mentre l'altro ramo ha rilevato che sarebbe stato sistematicamente incongruente mantenere un sistema differenziato del rilievo della competenza tra fase cautelare e fase di merito.

Il Governo ha ritenuto di recepire questa seconda osservazione, ma – non volendo mantenere il regime di derogabilità, che in più d'una occasione aveva ridicolizzato la giustizia amministrativa – nel senso di rendere l'incompetenza inderogabile sia in sede cautelare che in sede di merito.

In questo modo, ogni asistematicità è stata eliminata, pur se in senso opposto a quello sottinteso dai pareri parlamentari.

Non si riesce, soggettivamente, a comprendere come si possa ritenere ragionevole mantenere – nel diritto processuale amministrativo – un regime di incompetenza che sia derogabile per volontà delle parti, ossia per mero effetto della mancata tempestiva proposizione del regolamento di competenza da parte dell'amministrazione, alla stregua delle seguenti considerazioni.

È noto che perfino nel processo civile, in cui per definizione si controverte di diritti disponibili – il possessore può certamente disporre del possesso dei propri beni, così come il debitore esecutato delle questioni relative all'esecuzione immobiliare o mobiliare che si faccia sui suoi beni, etc. – la legge qualifica come inderogabili alcune questioni di competenza per materia (quelle di cui all'art. 28 del codice di procedura civile): infatti, anche davanti al giudice civile la competenza territoriale è inderogabile in ordine ad ogni azione cautelare, nonché alle azioni possessorie, alle opposizioni all'esecuzione, alle opposizioni agli atti esecutivi, a tutti i procedimenti in camera di consiglio, etc..

Eppure, tutte tali questioni si agitano, di norma, nell'ambito dei diritti disponibili dalle parti.

Al contrario, l'amministrazione non può disporre negozialmente dell'interesse legittimo.

Infatti, anche quando la legge prevede che gli interessi pubblici siano perseguiti con strumenti di

diritto civile, parimenti l'Amministrazione non spende la propria autonomia negoziale privata, bensì esercita discrezionalmente la propria funzione: è per questo che tali ambiti sono attribuiti dalla legge alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, configurandosi promiscuamente diritti soggettivi e interessi legittimi in capo alle controparti dell'amministrazione procedente.

Si vuol dire che l'amministrazione in ogni caso gestisce con discrezionalità gli interessi pubblici, non avendo la libertà negoziale di disporre, come di cosa propria, degli interessi legittimi che si contrappongono all'esercizio del pubblico potere.

In effetti, l'amministrazione non può dire, per mera simpatia (come potrebbe invece fare un soggetto privato), che sebbene il ricorso di un concorrente soccombente in una pubblica gara sia infondato, egualmente in via transattiva (*rectius*: conciliativa) aggiudica al ricorrente la procedura.

E non può farlo non tanto perché questo travolgerebbe l'interesse dell'altra parte – il che sarebbe poca cosa, dato che l'altra parte è presente in giudizio come litisconsorte necessario e si potrebbe opporre alla conciliazione della causa – bensì essenzialmente perché la gestione del pubblico potere non è oggetto di un libero esercizio di autonomia negoziale da parte dell'amministrazione.

La discrezionalità è tutt'altra cosa: riguarda l'*an*, il *quid*, il *quomodo*, il *quando* del provvedere, ma non comporta la possibilità di gestire la cosa pubblica come cosa propria, perché non è tale.

Se poi, talvolta, qualcuno lo fa, commette reato; esponendosi al rischio, pur di fatto modesto, di essere per tal ragione perseguito in sede penale.

Orbene, se l'interesse legittimo, come situazione sostanziale, non è disponibile da parte dell'amministrazione, non è dato capire come si possa affermare che, nel processo amministrativo, la competenza non soltanto possa, ma addirittura debba essere configurata come derogabile.

In realtà, la questione della derogabilità della competenza territoriale del TAR nasce per motivi del tutto diversi, con la legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

Prima di essa i TAR non esistevano, dunque non si poteva porre alcun problema di competenza.

C'era, di fatto, un solo giudice amministrativo, che aveva competenza su tutta l'Italia.

Ebbene, quando furono istituiti i TAR si pensò che la competenza, in finale, fosse un problema marginale, perché comunque il processo amministrativo, anche se in primo grado si può svolgere in 29 sedi diverse (quanti sono i TAR e le relative sezioni staccate), comunque ha un unico giudice di secondo e ultimo grado: sicché, in ultima analisi, poco importa dove si svolga il giudizio di primo grado, giacché il giudicato, se una parte lo voglia, si formerà sempre a Roma, al Consiglio di Stato.

È, dunque, in una originaria logica di svalutazione culturale del giudice di primo grado, da ritenere sbagliata, che storicamente nacque la tesi che portò a configurare come derogabile la competenza territoriale del TAR.

Alla sua base non c'è stata alcuna ricostruzione dogmatica o sistematica che abbia seriamente affrontato la questione della derogabilità, o meno, delle situazioni sostanziali dedotte in giudizio, ossia dell'interesse legittimo, per trarne i debiti corollari quanto al più coerente regime del rilievo dell'incompetenza territoriale nel processo amministrativo.

Successivamente, però, si è visto che, soprattutto con riferimento alla fase cautelare, la questione della derogabilità della competenza ha comportato veri e propri disastri (per la serietà del processo; che, ovviamente, in tutt'altra ottica si considerano come insperabili esiti concreti per il ricorrente).

Si è già fatto l'esempio del raduno degli Alpini a Catania, che è un fatto realmente verificatosi nei termini che sopra indicati.

Riconducendo il discorso al comma 4 dell'art. 62, penultimo periodo, è stata fatta una scelta, che in effetti era stata inizialmente ipotizzata in senso alquanto diverso.

In una precedente versione del testo, infatti, si era ipotizzato che quando il Consiglio di Stato dichiara l'incompetenza del TAR adito, con la stessa ordinanza “definisce la questione cautelare”.

Si era pensato, cioè, che, a torto o a ragione, allorché comunque la *res controversa* fosse ormai in mano all'unico giudice d'appello d'Italia, tanto valesse che esso definisse la questione cautelare.

La norma, così scritta, si sarebbe collocata nella stessa logica “culturale” che diede luogo all'originaria strutturazione in termini di derogabilità della competenza territoriale del TAR.

Alla fine, invece, si è ritenuto che fosse meglio rovesciare una siffatta impostazione, anche per non stimolare affermazioni “di comodo” della propria competenza da parte dei TAR.

Si è perciò deciso – ne dà atto la relazione al Codice – di “sanzionare l'erronea scelta del giudice adito con la automatica caducazione delle misure cautelari emanate dal giudice incompetente”.

È così che si è originata la previsione normativa espressa dalla norma in commento: “*il giudice competente per l'appello cautelare*” – che, si noti, potrebbe anche essere il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, cui per la prima volta è stato attribuito il potere di regolare, sia pure solo in questo caso, la competenza con effetto vincolante per tutti i TAR– “*quando dichiara l'incompetenza del TAR adito, ... annulla le misure emanate da un giudice non competente, salvo che si tratti di quello di cui al comma 7 dell'art. 15 che è interinalmente competente (sicché le sue misure cautelari sopravvivono a termine, ossia per trenta giorni; decorsi i quali la situazione si azzera, potendosi ottenere misure cautelari solo dal giudice competente)*”.

Quella ora ricordata è una norma di chiusura, che raccorda l'appello cautelare con la definizione della questione di competenza (sia cautelare che di merito) in modo molto incisivo ed idoneo a prevenire arbitrii, giacché per quarant'anni si era assistito a fughe da e verso specifici TAR.

Si è già accennato, ma merita di essere ben evidenziato, che anche nel rito cautelare uniforme

del giudice ordinario (artt. 669-bis e ss. del codice di procedura civile), la domanda cautelare si può proporre solo al giudice competente per il merito; dunque, se il giudice adito non è competente per il merito, deve rigettare d'ufficio l'istanza cautelare per il solo fatto di non essere competente per il merito; se, poi, il giudice sbaglia e concede la misura cautelare, il collegio adito in sede di reclamo dell'ordinanza cautelare monocratica deve annullarla, anche soltanto perché il tribunale adito in sede cautelare non è quello competente per il merito.

Non è dunque sostenibile che la scelta del codice del processo amministrativo sia fuori sistema, rispetto al processo civile: in entrambi, o il giudice è competente, o non può dare misure cautelari.

Analoghe previsioni – in termini di verifica d'ufficio della competenza del TAR adito – sono state previste per la fase monocratica presidenziale del giudizio cautelare (art. 56, comma 1, ultimo periodo) e per il cautelare *ante causam* (art. 61, comma 3).

Nell'art. 56 comma 1, ultimo periodo, è scritto chiaramente che il presidente provvede sulla domanda solo se ritiene la competenza del TAR, altrimenti non dà alcuna misura cautelare e rimette le parti al collegio per i provvedimenti di cui al comma 13 dell'art. precedente, di cui si è già detto (ordinanza declaratoria di incompetenza; ovvero richiesta di regolamento d'ufficio di competenza).

Va poi esaminato, brevemente, il procedimento cautelare monocratico presidenziale in corso di causa, che dunque si svolge dopo che sia già stato notificato il ricorso di merito.

Nelle more di quei venti giorni dall'ultima notifica e dieci dal deposito (di cui all'art. 55, comma 5) – e altresì in attesa della prima udienza successiva allo spirare di detti termini dilatori: quindi, se la parte ricorrente è stata diligente nel depositare il ricorso, per circa da ventuno a trentacinque giorni, stante che mediamente nei TAR è fissata un'udienza ogni quindici giorni – il ricorrente, ove vi sia un pericolo tanto imminente da non consentirgli di attendere l'udienza (come è chiaramente specificato dal comma 1, che parla di “caso di estrema gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio”), può chiedere al presidente un provvedimento decretale interinale, efficace fino alla successiva camera di consiglio.

Per il resto, l'art. 56 contiene una serie di misure pratiche, che si auspica possano funzionare, finalizzate ad evitare abusi, nonché a realizzare un minimo di potenziale contraddittorio; non già nel senso che il presidente debba sentire le parti, bensì nel senso che possa, se lo ritiene opportuno, senza formalità e anche separatamente – dunque se e quando si presentino nel suo ufficio, previo appuntamento – sentire le parti che lo chiedano, cioè che si rendano disponibili, prima di concedere o denegare la tutela cautelare decretale.

Non c'era stata, prima del Codice, una grande inflazione di decreti: i presidenti sono stati

sempre abbastanza prudenti a concedere i decreti.

Talora questa sorta di contraddittorio potrebbe stimolare la concessione del decreto, magari perché il ricorrente può andare di persona a esporre cosa possa altrimenti succedere; ovviamente, ciò deve essere scritto nel ricorso, però a volte una spiegazione orale può aiutare.

Altre volte potrebbe essere invece il resistente a presentarsi al presidente per esporre che l'emanazione del decreto di un certo contenuto potrebbe pregiudicare definitivamente la situazione, in senso opposto al provvedimento impugnato e che, dunque, se in ipotesi il ricorso fosse infondato, l'intervento decretale potrebbe creare pregiudizi irreversibili.

Nei primi mesi di vigenza del Codice, invece, sembra assistersi a un certo incremento delle istanze di provvedimento monocratico; ma – a pensar male – potrebbe sembrare che esse, più che realmente tese a ottenere una misura cautelare anticipata, siano almeno in parte strumentalmente volte a lucrare, anche in caso di rigetto dell'istanza, la designazione del relatore con meccanismi diversi da quelli ordinari (ossia ad opera del magistrato delegato a esaminare le richieste di decreto, che la parte potrebbe di fatto individuare ove conosca le turnazioni stabilite presso ogni Ufficio).

C'è infine il comma 5, sostanzialmente volto a evitare – perché anche questo si è visto in pratica – che, con espedienti quali notifiche a mezzo fax fatte a mezzanotte del sabato, o approfittando del fatto che la carta fosse finita o di altre analoghe contingenze, si possa ottenere un provvedimento decretale mantenendone all'oscuro la controparte, così da minorarne le possibilità di difesa.

All'uopo, si è previsto un termine di cinque giorni entro il quale il ricorso, se notificato a mezzo fax, debba essere rinotificato per le vie ordinarie, affinché ne sia assicurata la conoscenza effettiva.

Se non si tiene presente questo, non si riesce a spiegare che senso abbia il comma 5.

Il comma 4, invece, è finalizzato a circoscrivere drasticamente la durata temporale di efficacia del decreto presidenziale.

La norma ha inteso stabilire, infatti, che il ricorso che sia stato preceduto da una misura cautelare decretale debba essere necessariamente trattato dal collegio, sotto pena di automatica caducazione degli effetti del decreto cautelare presidenziale, ~~om~~ già in un'udienza discrezionalmente scelta dal presidente, bensì proprio in quell'udienza automaticamente individuata dalla legge ai sensi del comma 5 dell'art. 55, ossia nella prima data utile dopo la scadenza del doppio termine ivi indicato.

La prassi ha più volte conosciuto misure cautelari concesse dal presidente *inaudita altera parte*, cui hanno fatto seguito camere di consiglio fissate solo a distanza di uno, due o anche tre mesi; oppure fissate tempestivamente, ma poi semplicemente rinviate.

Adesso, invece, il collegio deve trattare il cautelare nell'udienza automaticamente individuata

dalla legge, altrimenti il decreto presidenziale perde efficacia; e in quell'udienza il collegio si deve assumere la responsabilità di confermare il decreto presidenziale, che altrimenti perde effetto.

Ancor più stringenti (art. 61) sono, invece, i presupposti per l'emanazione di misure cautelari *ante causam*. Innanzitutto, il comma 5 non parla più di estrema gravità e urgenza, bensì di eccezionale gravità e urgenza: non è solo un fatto nominalistico, dato che il provvedimento di accoglimento deve essere notificato alle altre parti entro cinque giorni dalla pronuncia del provvedimento che accolga l'istanza cautelare.

Inoltre, la cautela concessa perde comunque effetto se, entro quindici giorni, non viene notificato il ricorso, comprensivo di domanda cautelare, per il giudizio di merito.

In ogni caso, poi, il provvedimento cautelare *ante causam* perde effetto con il decorso di sessanta giorni, entro i quali la parte che vi abbia interesse è onerata di chiedere e ottenere le misure cautelari in corso di causa, ossia quelle di cui ai già esaminati articoli 55 e 56.

Ciò si realizza abbastanza naturalmente nei ricorsi impugnatori, i quali sono assoggettati al termine di decadenza di sessanta giorni, il cui decorso ovviamente non è sospeso nelle more del procedimento cautelare *ante causam* ex art. 61.

Giacché però ora il Codice contempla anche molti casi (ad esempio, quelli di cui all'art. 30) in cui la domanda si propone entro centoventi giorni e non entro sessanta, nonché le ipotesi di giurisdizione esclusiva in cui la domanda si può proporre nei termini di prescrizione del diritto, che possono essere anche di cinque o dieci anni, la norma in esame ha l'effetto di porre sempre e comunque a carico della parte che abbia chiesto e ottenuto una misura cautelare *ante causam* l'onere della proposizione del ricorso di merito entro sessanta giorni dal decreto di accoglimento, sotto pena di decadenza (non certo dal potere di impugnare o di ricorrere, che resta assoggettato al proprio termine di legge, bensì) dell'effetto della misura cautelare data anteriormente alla causa.

Una misura cautelare *ante causam* così stringente era già prevista nel solo rito degli appalti.

Ora, invece, tale mezzo di tutela è stato generalizzato; ma, siccome nei primi quattro anni di vigenza (era stata introdotta dall'art. 245 del D.Lgs. 12 aprile 2006, 163), esso è stato azionato in pochissimi casi, c'è da supporre che l'applicazione pratica dell'art. 61, come è bene che sia, resterà parimenti limitata, proprio perché si tratta di strumento previsto per casi effettivamente eccezionali.

Si consideri, del resto, che nel processo amministrativo la domanda si introduce di norma con la formulazione di specifici motivi di ricorso, sicché al giudice occorre conoscere gli specifici motivi posti (o da porre) a sostegno della domanda, altrimenti non potendo valutarne il *fumus boni iuris*.

È chiaro, dunque, che la cautela *ante causam* integra un caso limite, in cui il peso della decisione si sposta quasi totalmente sulla valutazione del *periculum in mora*; ma, proprio per questo, è ovvio

che la sua efficacia temporale deve essere limitata allo stretto indispensabile, dovendo subito dopo confluire negli strumenti cautelari interni al giudizio (sia impugnatorio che non impugnatorio).

Conseguentemente, il Codice ha rifiutato l'idea di un giudizio cautelare del tutto autonomo, il cui esito possa sopravvivere indipendentemente dall'immediata introduzione del giudizio di merito in cui confluisca il relativo esito; diversamente da quanto si è recentemente previsto per il giudizio cautelare nel processo civile, in cui si è introdotta – con opinabile utilità – la possibilità che la misura cautelare sopravviva anche senza che sia proposta alcuna domanda di merito.

A chi pensa che in tal modo si eviti l'inutile superfetazione dei giudizi di merito, si può obiettare che ciò non solo farà lievitare il numero dei giudizi cautelari – con ovvie ripercussioni negative sulla produttività dei giudici in termini di sentenze di merito – ma altresì rischia di slegare del tutto la decisione cautelare dall'accertamento delle sottostanti situazioni giuridiche delle parti: sia dando adito a soggettive valutazioni equitative del giudicante, sia consolidando di fatto assetti provvisori (in quanto non legati alla formazione di alcun giudicato) che, al di fuori della materia possessoria, mal si confanno alla regolamentazione giuridica dei rapporti tra soggetti privati.

Tornando al Codice, va segnalata la previsione di una pronuncia sulle spese del procedimento cautelare che, di norma, resta autonoma da quella del giudizio di merito, dunque non destinata ad essere inglobata in quella definitiva.

In effetti, era questa la ragione per cui si vanificava quasi sempre l'eventuale pronuncia (non obbligatoria) sulle spese della fase cautelare, già introdotta dalla legge 21 luglio 2000, n. 205.

Se, infatti, nell'immediatezza dei fatti il giudice poteva provvedere, "*provvisoriamente*" diceva la norma, sulle spese della fase cautelare – e, soprattutto nei primi mesi di vigenza della norma tale facoltà è stata effettivamente più volte esercitata dal giudice amministrativo – successivamente ci si è accorti che, a distanza di anni, molto spesso la decisione di merito finiva col compensare le spese del giudizio: il che addirittura implicava che la parte che avesse pagato tali spese, poteva riprenderle, proprio in forza della definitiva compensazione decisa in esito al giudizio di merito.

Sicché si è pensato di svincolare la condanna alle spese della fase cautelare da quella di merito; ed altrettanto si è stabilito per quanto riguarda il giudizio di attuazione delle misure cautelari, che è modellato, come peraltro già accadeva nella prassi, sulla falsariga del giudizio di ottemperanza (con l'unica differenza che l'attuazione delle misure cautelari, al pari di esse, è disposta con ordinanza).

3. – L'istruttoria.

Gli artt. 63 e ss. del Codice regolano l'istruttoria. In proposito, si è già accennato che il tema più dibattuto nel corso dei lavori preparatori fu se introdurre, o meno, un'istruttoria obbligatoria, cioè

una specifica udienza in cui “smistare” le cause davanti al giudice amministrativo.

Per fortuna tale udienza alla fine non è stata introdotta, altrimenti ci sarebbe stato da temere che avrebbe seguito i “fasti” dell’udienza di cui all’art. 180 del cod. proc. civ., nel testo novellato dal D.L. 18 ottobre 1995, n. 432 – udienza che è stata, infine, fortunatamente soppressa dall’art. 2, comma 3, lett. c-bis), del D.L. 14 marzo 2005, n. 35, per come modificato dalla relativa legge di conversione – per la quale un diligente giudice civile si dotava di un “timbro” per verbalizzare tale prima udienza, con il quale dava atto che, effettuate le verifiche e quant’altro prescritto dal cit. art. 180, nei fatti si limitava a fissare la prima udienza di trattazione, di cui all’art. 183 c.p.c., alla data che poi indicava a penna in calce al “verbale-timbro”. Si vuol dire, in sostanza, che tale udienza di prima comparizione delle parti risultava inutile nella quasi totalità dei casi.

Può anche darsi che, nel giudizio amministrativo, un’udienza istruttoria non sarebbe inutile proprio quasi sempre, perché forse una o due volte su dieci potrebbe avere una sua specifica utilità.

Nondimeno, ad avviso di chi scrive, ciò non sarebbe bastato a compensare il ben maggior danno che comporterebbe, in termini di rallentamento della produttività del giudice amministrativo.

Quest’ultima, come pure si è accennato, si basa fondamentalmente sulla capacità di decidere le cause (quasi) tutte le volte che vengono portate all’udienza di merito, con poche eccezioni (tra cui quando si dispongono incumbenti istruttori; scelta che, però, non si dovrebbe in alcun caso riconnettere all’essere il collegio riuscito, o meno, ad assumere una decisione sulla singola causa).

In linea di massima, va detto che di istruttorie se ne fanno abbastanza poche e in ciò è una delle cause principali del discreto funzionamento della giustizia amministrativa.

Se si introducesse un’istruttoria necessaria per tutte le cause, tale funzionalità verrebbe affossata.

L’art. 63 è particolarmente significativo perché, insieme all’art. 64, ben chiarisce come l’onere della prova sia ripartito nel giudizio amministrativo tra il ricorrente e l’Amministrazione intimata.

Si può dire che anche nel processo amministrativo sia, in linea di massima, vigente il principio generale di cui all’art. 2697 del codice civile, in base al quale *onus probandi incumbit ei qui dicit*.

Ciò significa che l’attore è tenuto, nel processo civile, a provare i fatti costitutivi della domanda che propone, mentre il convenuto è tenuto a provare i fatti impeditivi, modificativi o estintivi della pretesa fatta valere dall’attore; ne deriva che la parte che non abbia assolto l’onere di introdurre nel giudizio e di comprovare gli specifici fatti della cui prova essa è gravata, dovrà subire una decisione che assuma tali fatti come insussistenti, con ogni conseguenza sfavorevole.

Per l’attore, si tratta di introdurre e provare i fatti da cui risulta il suo diritto; per il convenuto, di introdurre e di provare i fatti costituenti le c.d. “eccezioni proprie”, ossia di quelle circostanze che il giudice non può porre d’ufficio a base della decisione.

Nel processo amministrativo la scelta fondamentale è analoga, perché anche la giurisdizione amministrativa, in Italia, è stata strutturata – sin dall’istituzione della Quarta sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, con la legge 31 marzo 1889, n. 5992, – come una giurisdizione di tipo soggettivo, ossia tesa a tutelare gli interessi legittimi o i diritti soggettivi delle parti, e non già come giurisdizione oggettiva, volta a garantire l’esatta osservanza del diritto oggettivo nell’interesse pubblico generale, quali sono invece la giurisdizione penale e anche quella della Corte dei conti.

Ciò è dimostrato, fra l’altro, dal fatto che, sia davanti al giudice penale che davanti alla Corte dei conti, è istituito l’Ufficio del Pubblico Ministero, che invero caratterizza ogni giurisdizione oggettiva; mentre davanti al giudice amministrativo non esiste un Pubblico Ministero (al pari che davanti al giudice civile, salvi casi marginali di cui non rileva occuparsi in questa sede).

Talvolta è stata sostenuta l’opportunità dell’introduzione di un Pubblico ministero anche davanti al giudice amministrativo – e, anzi, tale ipotesi sembrò essersi concretizzata con l’art. 3 del D.L. 8 marzo 1993, n. 54, che attribuiva tali funzioni requirenti al Procuratore regionale presso la Corte dei conti; ma tale decreto decadde poi retroattivamente, non essendo mai stato convertito in legge – ma, prevalentemente, oggi si ritiene che tale ipotesi non servirebbe ad altro che a moltiplicare il numero dei posti direttivi nelle piante organiche della giurisdizione amministrativa.

Quella amministrativa, dunque, è sempre stata una giurisdizione c.d. di diritto soggettivo; con l’immanente corollario che il principio che domina il processo amministrativo sia (e non possa che essere) quello dispositivo: sulla parte che agisce deve perciò gravare l’onere di provare i fatti che essa pone a fondamento della propria domanda.

Tuttavia nel processo amministrativo tale principio incontra alcune mitigazioni quanto alla prova (non ci si vuol riferire, si badi bene, alla situazione giuridica dedotta in giudizio: che, come si è già accennato, essendo normalmente di interesse legittimo e non di diritto soggettivo non è disponibile per la parte pubblica, la quale non può abdicare dal perseguire i pubblici interessi affidati alle sue cure; ma da quella privata certamente sì, appunto perché si tratta di una giurisdizione soggettiva).

Storicamente, il limite del principio dispositivo è costituito dal cosiddetto “metodo acquisitivo” con cui il giudice opera rispetto alla prova.

Tale metodo acquisitivo è nato, appunto, per contemperare l’astratto principio dispositivo con la concreta considerazione che, in moltissimi casi, la parte privata non ha alcuna disponibilità degli elementi di prova che pure sarebbe onerata di porre a fondamento della sua domanda, perché spesso questi elementi di prova riposano, esclusivamente, negli archivi della pubblica amministrazione.

L'art. 63, comma 1, pone l'onere della prova a carico delle parti dunque dei ricorrenti che propongono la domanda principale o eventuali domande riconvenzionali con ricorso incidentale; ovvero altre domande con motivi aggiunti, oppure le c.d. eccezioni proprie (giacché anche davanti al giudice amministrativo vi sono alcune eccezioni che il giudice non può considerare senza la domanda di parte: tra cui la più importante è, forse, l'eccezione di prescrizione).

Nondimeno, l'art. 64 specifica che però l'onere delle parti di fornire gli elementi di prova è limitato a quegli elementi che siano nella disponibilità delle parti stesse, e il terzo comma chiarisce che, allorché si tratti di elementi che siano nell'esclusiva disponibilità della pubblica amministrazione, la parte può limitarsi ad allegare il fatto, senza dunque provarlo, chiedendo al giudice di ordinare all'amministrazione di produrre il documento o l'informazione che serva a far acquisire al giudizio la prova di quel fatto.

In effetti nel processo amministrativo – data la sostanziale sperequazione che si riscontra nella disponibilità dei fatti acquisiti mediante il procedimento tra la parte pubblica e le altre parti che pure ad esso hanno partecipato – se l'onere della prova fosse posto sempre e comunque a totale carico del ricorrente in molti casi si verserebbe nell'impossibilità di tutelare le situazioni giuridiche soggettive, sia di diritto soggettivo che di interesse legittimo, quand'anche pienamente fondate.

È per questo che è stato riconosciuto al giudice il potere di acquisire prove d'ufficio – ma, è da ritenere, previo assolvimento quanto meno di uno specifico onere di allegazione del fatto da parte del soggetto privato – secondo un paradigma che, peraltro, non è del tutto estraneo neanche al codice di procedura civile, appunto in quei casi in cui la parte su cui grava il relativo onere potrebbe non avere alcuna disponibilità della fonte di prova: si considerino, ad esempio, le ipotesi di cui agli artt. 421 c.p.c. (in materia di lavoro) e 548 c.p.c. (sull'accertamento dell'obbligo del terzo).

Venendo a un esame più dettagliato, il Codice ha ovviamente dovuto richiamare tutti i mezzi di prova previsti dal codice civile, giacché diversamente sarebbe stato tacciato di astratta inidoneità a garantire la piena tutela delle situazioni giuridiche dedotte in giudizio, costituzionalmente imposta.

Dispone in tal senso l'art. 63, con la sola eccezione dell'interrogatorio formale e del giuramento.

Tale eccezione, prevista dal relativo comma 5, dimostra una volta di più ciò che si è già detto: cioè che la situazione giuridica soggettiva normalmente devoluta alla cognizione del giudice amministrativo – l'interesse legittimo – non è nella disponibilità dell'autonomia negoziale delle parti (*rectius*: della parte pubblica), perché è questa la ragione dell'inammissibilità del giuramento e dell'interrogatorio formale (che è un mezzo di prova unicamente volto a provocare la confessione).

Poiché sia nel giuramento che nella confessione è insito l'esercizio del potere dispositivo del diritto dedotto in giudizio, questi mezzi di prova sono esclusi dal processo amministrativo in cui la situazione dedotta in giudizio non è disponibile all'amministrazione.

Tutti gli altri mezzi di prova sono, almeno in teoria, ammissibili nel processo amministrativo.

Nondimeno, è facile previsione affermare che si continuerà a vedere raramente, in tale processo, la prova testimoniale; che, comunque, il Codice vuole assunta in forma scritta (art. 63, comma 3).

In questa forma, forse, talvolta capiterà anche di vederla; finora, non si era pressoché mai vista.

Quanto al controverso rapporto – su cui molto è stata criticata, anche dalle commissioni parlamentari, la differenza tra la sua versione finale e quella che era stata proposta dalla commissione redigente presso il Consiglio di Stato – tra consulenza tecnica e verifica, il Codice ha infine imposto una gerarchia, obiettivamente sbagliata: il giudice deve di norma ordinare la verifica oppure, ma solo se sia indispensabile, una consulenza tecnica.

Almeno in materia di diritti soggettivi, l'opzione preferenziale del Codice per la verifica induce notevoli perplessità in termini di terzietà dell'organo ausiliario, anche se il giudice nei fatti la attenuerà dando l'incarico della verifica a una struttura amministrativa diversa da quelle appartenenti alle parti (Ministero, Ente, o altro soggetto in causa).

È vero che la soggettività dello Stato è formalmente unica, ma nella sostanza non è poi detto che amministrazioni diverse non riescano a essere abbastanza imparziali l'una nei confronti dell'altra.

In ogni caso, bisogna prendere atto che questa è stata la scelta del Codice.

Si può supporre, tuttavia, che essa possa essere soggetta a interpretazione giurisprudenziale c.d. ortopedica: cioè che il giudice amministrativo possa evitare di sollevare, in proposito, questione di legittimità costituzionale, se si limiterà a disporre di norma la consulenza tecnica, ritenendo che nel concetto di "necessità" vada ricompresa anche l'esigenza di garantire la terzietà dell'ausiliario.

Peraltro, in certi casi è di fatto necessario disporre una verifica, essendoci alcune situazioni in cui le specifiche competenze tecniche per svolgere un determinato accertamento sono possedute in via pressoché esclusiva da uno specifico organo amministrativo, e da nessun altro.

Quanto all'istruttoria presidenziale o collegiale, di cui si occupa l'art. 65, si è già rilevato come, per fortuna, il Codice non abbia cambiato quasi nulla rispetto a prima.

Invece, per la verifica e la consulenza tecnica, gli articoli 66 e 67 hanno chiarito alcuni concetti che stavano faticosamente emergendo nella giurisprudenza.

In primo luogo l'art. 66, commi 3 e 4, ha chiarito che l'organismo verificatore va sempre pagato; non già in persona del singolo operatore (che, come pubblico dipendente, svolge una prestazione compensata dal trattamento stipendiale onnicomprensivo), ma in riferimento all'ufficio incaricato.

Per quanto invece concerne la consulenza tecnica d'ufficio, il comma 3 dell'art. 67 ha strutturato la norma con un certo pragmatismo, in modo da evitare quello che succedeva nel giudizio civile (almeno prima della novella del 2009 all'art. 195, comma 3, c.p.c.), ossia che l'attività si parcellizzi in una molteplicità di udienze: una prima in cui la parte formula la richiesta di consulenza tecnica; un'altra in cui il giudice ammette il mezzo richiesto e nomina il consulente; una terza per la quale ne dispone la comparizione per conferirgli l'incarico, previa formulazione dei quesiti (cui segue un altro rinvio a ben oltre novanta o anche centottanta giorni, secondo l'entità del termine assegnato per il deposito della relazione); a tale ulteriore udienza, se tutto va bene, è stata depositata la relazione, ma di solito almeno una parte chiede termine per esame e, alla successiva udienza, insta per la riconvocazione del consulente per chiarimenti che, ove disposti, comportano che occorra un'udienza ulteriore (la sesta, in questo esempio) perché questa fase sia finalmente conclusa.

Intanto sono trascorsi, secondo la cadenza media delle udienze, da uno a tre anni. Non è, si badi bene, una patologia, perché è proprio ciò che, almeno fino a poco tempo fa, succedeva nei tribunali: anche se ora, per fortuna, l'art. 195, comma 3, del c.p.c. ha cercato di limitare – pur se in modi meno dettagliati del codice del processo amministrativo – le patologie del vecchio sistema.

L'art. 67 è strutturato in modo assai diverso, per assicurare la totale concentrazione processuale.

Il collegio, all'udienza – di norma quella di merito, ma potrebbe anche essere quella cautelare – dispone la C.T.U. e, nella stessa udienza, fissa termini successivi, ma prorogabili (dunque, non perentori), per il compimento delle varie attività indicate nel comma 3, lett. a), b), c), d), e).

Mentre in generale l'art. 52, comma 1, stabilisce che tutti i termini assegnati dal giudice, salvo diversa indicazione, sono perentori – così codificandosi un principio opposto a quello del codice di procedura civile, in cui il giudice può assegnare termini perentori solo se la legge espressamente a ciò lo autorizzi – nella consulenza invece i termini sono tutti ordinatori, proprio perché non avrebbe senso considerare perentori i relativi termini: se il C.T.U. non ha finito gli accertamenti, sarebbe una presa in giro predicare la perentorietà del termine, a meno di non rinunciare al relativo esito.

Dunque, vengono fissati termini successivi e prorogabili – ma, ai sensi dell'art. 154 c.p.c., la loro proroga va sempre disposta prima che scadano, e non dopo che sono scaduti – prevedendosi in successione tutte le attività che prevedibilmente si svolgeranno, e che in passato il giudice civile spalmava in molte udienze successive; nella medesima ottica di concentrazione processuale, si è previsto che il consulente non compaia a un'apposita udienza per rendere il giuramento, bensì lo renda davanti al presidente, il quale è normalmente più presente in ufficio, sicché sostanzialmente l'ausiliario giura in Segreteria.

Poi compie le operazioni tecniche e redige infine la relazione, ma prima di depositarla deve

acquisire, sul relativo schema, le osservazioni degli eventuali consulenti di parte.

È, questo, un espediente che qualche giudice civile aveva già introdotto nei propri formulari, ma che solo la recente novella al cit. art. 195, comma 3, operata dall'art. 46, comma 5, della legge 18 giugno 2009, n. 69 (la stessa legge che, all'art. 44, reca la delega per il codice del processo amministrativo), ha ora generalizzato anche nel processo civile.

L'art. 67 del Codice ha voluto disciplinare ancor più analiticamente del c.p.c. un contraddittorio interno alla stessa consulenza tecnica, tra consulenti di parte e consulente d'ufficio, di modo che il consulente d'ufficio nella relazione finale abbia già risposto alle osservazioni dei consulenti di parte; anche perché il giudice, di norma, non saprebbe cosa rispondere alle osservazioni dei consulenti di parte (quando si tratta di profili molto tecnici, il giudice talvolta non è nemmeno in grado di deliberare la sostenibilità dell'assunto di parte).

Tale impianto è stato razionalizzato, così da consentire che, sin dall'udienza successiva a quella in cui sia stata disposta la consulenza tecnica, il giudice sia subito messo in grado di poter decidere la causa, giacché la consulenza è terminata e c'è già stato un contraddittorio tecnico su di essa.

Riassumendo, il principio fondamentale dell'attività istruttoria nel giudizio amministrativo è che il giudice ordina l'acquisizione di documenti quando questi non sono nella disponibilità della parte; se invece si tratta di documenti di cui la parte ha la disponibilità, ove essa non li abbia prodotti il giudice dovrebbe decidere la lite sull'onere della prova, ossia rigettare la domanda.

Questa dell'istruttoria è una materia in cui il Codice è accusato di avere innovato troppo poco, in particolare per non aver introdotto la generale previsione di un'udienza istruttoria per tutti i ricorsi.

Può dirsi che ciò sia una fortuna, perché ha salvaguardato l'effettiva rapidità di questo processo.

4. – La decisione.

Veniamo all'ultimo argomento da trattare, ossia la fase decisoria (artt. da 71 a 76 e da 88 a 90).

Si è già detto che è stata codificata la non revocabilità dell'istanza di fissazione d'udienza; è, inoltre, stato abbreviato a un anno (dai due precedenti) il termine massimo per proporla (ma ciò riguarda, in pratica, solo quei casi, forse il 30 per cento circa, in cui il ricorso non è accompagnato da un'istanza cautelare; si è già visto, invece, che quando c'è una domanda cautelare, la stessa è improcedibile se non sia accompagnata dall'istanza di fissazione, sicché di fatto tutti tali ricorsi sono depositati con l'istanza di fissazione d'udienza già allegata); è stata, inoltre, codificata l'istanza di prelievo (in origine, si poteva fare un'istanza per ottenere la dichiarazione di urgenza del ricorso, la quale, ai sensi degli artt. 51, II comma, e 53, II comma, del R.D. 17 agosto 1907, n. 642, se accolta dava al ricorso priorità di fissazione: tale istanza, nella prassi, era appunto chiamata istanza di prelievo); infine, si è stabilito che il presidente, decorso il termine per la costituzione

delle altre parti, fissa l'udienza di discussione del ricorso (art. 71, comma 3: in teoria, tale norma implicherebbe che la data d'udienza sia fissata subito dopo la scadenza del termine di costituzione; ma è prevedibile che la prassi, almeno inizialmente, resti quella attuale, secondo cui i ricorsi sono fissati solo qualche mese prima della data in cui si terrà l'udienza).

Vediamo, ora, quella che secondo il Codice potrebbe (o dovrebbe) essere la tempistica ottimale di definizione dei ricorsi (si ipotizza la situazione fisiologica di un tribunale senza arretrato, o anche di un tribunale con carico di lavoro arretrato, ma per ricorsi particolarmente importanti e vivi).

Rispetto all'emanazione del provvedimento impugnato, e supponendo che sia esercitata l'azione di annullamento di cui all'art. 29 (che, pur non essendo più l'unica, resta quella quantitativamente prevalente nel processo amministrativo), il ricorso va proposto entro il termine di sessanta giorni.

Nei successivi trenta giorni, ai sensi dell'art. 45, il ricorso deve essere depositato; dunque siamo a novanta giorni dal provvedimento impugnato. Entro ulteriori trenta giorni, ossia sessanta dalla notifica, scade il termine per la costituzione delle altre parti, sicché abbiamo un totale di centoventi giorni (o poco più, perché c'è anche da considerare un breve termine di qualche giorno da quando l'atto è passato per la notifica a quando esso perviene all'ultimo dei destinatari).

Decorsi quindi centoventi giorni, o poco più, dall'emanazione dell'atto per cui è causa, il presidente può fissare l'udienza di discussione (il che, in teoria, dovrebbe significare che sia tenuto a fissarla, ma è ovvio che se ci sono troppi ricorsi si dovrà applicare un criterio selettivo, il primo dei quali è quello della presenza o meno di una o più istanze di prelievo). Dalla comunicazione alle parti del decreto di fissazione decorrono sessanta giorni prima dell'udienza, essendo previsto un termine dilatorio di almeno sessanta giorni tra la comunicazione del decreto di fissazione e il giorno dell'udienza (in precedenza erano quarantacinque); in totale sarebbero passati poco più di sei mesi.

A questo punto, c'è (ci dovrebbe essere, o almeno ci potrebbe essere) l'udienza di merito.

Se c'è stata una fase cautelare, essa avrà seguito altre vie, perché sarà stata decisa ben prima e indipendentemente dal decorso dei termini qui indicati (v. retro: circa trenta giorni dalle notifiche).

Dopo l'udienza (*rectius*: dopo la decisione della causa, che potrebbe anche non coincidere con il giorno dell'udienza; come in effetti accade allorché la camera di consiglio sia differita a una data successiva, oppure quando la causa, che necessita di un ulteriore esame, venga nuovamente portata in camera di consiglio), ci sono quarantacinque giorni per redigere la sentenza (art. 89, comma 1).

Si badi che tale termine non è riferito alla pubblicazione (Romano Vaccarella, durante i lavori preparatori, aveva osservato che avrebbe dovuto esserlo, ma il suo rilievo non è stato accolto).

Sicché, anche alla stregua delle prassi del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, ci sono quarantacinque giorni per il relatore, ai fini del deposito della minuta; quindi, ulteriori quarantacinque per il presidente, ai fini del visto di sua competenza: sicché, in pratica, il termine è di novanta giorni, dopodiché la sentenza – disfunzioni di segreteria a parte – deve essere pubblicata.

Si potrebbe affermare, quindi, che tra i sei e i nove mesi (dall’emanazione dell’atto impugnato) si potrebbe avere la sentenza di merito di primo grado (anche al di fuori del caso di cui all’art. 60).

Il termine per l’appello è di sessanta giorni dalla notifica (o di centottanta, così ridotti dai precedenti trecentosessanta, se la sentenza non sia notificata), quindi per fare appello ci possono essere dai due ai sei mesi; poi gli stessi termini si ripetono nel giudizio di appello.

Tutto ciò, insomma, significa il Codice è strutturato per rendere possibile la formazione del giudicato sulla questione controversa in un termine compreso tra i dodici e i ventiquattro mesi.

È ovvio che tutto il tempo che eccede i ventiquattro mesi è dovuto all’intasamento degli uffici.

Il Codice, in altri termini, sostanzialmente considera che il termine ottimale per la definizione del doppio grado del giudizio amministrativo sia dell’ordine di circa due anni; ovvero anche solo di un anno, nei casi di cui all’art. 119, in cui tutti i termini processuali sono dimezzati.

Altra importante novità, soprattutto per i magistrati, è la designazione del relatore almeno trenta giorni prima della data dell’udienza; ma non sempre tale disposizione è correttamente applicata.

È, comunque, veramente da stigmatizzare che, dopo che il fascicolo sia stato anche per anni negli archivi dell’ufficio, alla fine al relatore siano concessi solo pochi giorni per studiarne le carte.

Sarebbe assai meglio – e il Codice ha cercato di spingere in tal senso – che una maggior parte del tempo di giacenza fosse offerta al relatore per studiare con più calma il fascicolo processuale; tanto più se, come si è ipotizzato nelle norme testé esaminate in materia di istruttoria, il presidente, o un magistrato delegato, adotti su istanza di parte i provvedimenti istruttori (art. 65).

Se si vuole che il relatore sia almeno in grado di sapere in udienza se la causa ~~va~~ istruita o meno, sarebbe meglio assegnargli il fascicolo con un certo anticipo; se poi si vuole anche che sottoponga a ragion veduta al collegio una proposta di decisione, è molto opportuno che gli siano dati almeno trenta giorni, e non sono neppure troppi.

Sicché sarebbe stato assai meglio se il cit. art. 65 avesse attribuito i poteri istruttori preliminari, oltre che al presidente, anziché a “un magistrato ... delegato”, “al relatore, una volta designato”.

Si era proposto, in Commissione redigente, che il relatore fosse designato contestualmente alla fissazione dell’udienza, dunque con un anticipo di almeno sessanta giorni sull’udienza; poi, invece, l’esigenza – di cui però non si riescono a capire le ragioni – di non far designare immediatamente il

relatore ha portato al compromesso finale, di trenta giorni.

Si è prevista, con l'art. 72, una corsia preferenziale per i ricorsi che sollevano un'unica questione di diritto, i quali possono essere decisi con priorità; ciò dovrebbe avere una particolare utilità per l'amministrazione, perché sono le ipotesi in cui c'è una norma nuova e, in questo modo, si può ottenere assai rapidamente il cosiddetto *leading precedent*, di primo o anche di secondo grado.

Anche l'art. 73 è molto innovativo. La produzione dei documenti viene imposta entro un termine dilatorio di quaranta giorni liberi prima dell'udienza. Sicché l'avvocato, che sessanta giorni prima riceve l'avviso di fissazione, ha poco meno di venti giorni per produrre i documenti di causa.

Da almeno sei mesi, comunque, sa che c'è la causa, di certo non lo scopre il giorno che gli perviene l'avviso di fissazione di udienza (o, almeno, non dovrebbe accorgersene quel giorno).

Dopo dieci giorni dalla produzione documentale, ossia trenta giorni liberi a ritroso dall'udienza, scade il termine per le memorie; c'è, infine, il termine per replicare, fino a venti giorni liberi prima.

Poi c'è il silenzio, uno *spatium deliberandi* fino all'udienza; in cui le difese sono soltanto orali.

Tutti i termini sono, appunto, dimezzati dall'art. 119, sicché si hanno termini dilatori di venti, quindici e dieci giorni, tutti liberi, rispettivamente per i documenti, le memorie e le repliche.

È importante evidenziare che tutti i termini a ritroso, quali sono questi – al pari di quello di due giorni liberi prima della camera di consiglio cautelare, di cui al già esaminato art. 55, comma 5 – slittano all'indietro, allorché scadano la domenica.

Dunque, se si parla di dieci giorni liberi prima dell'udienza e l'undicesimo giorno prima dell'udienza è domenica, il termine va a scadere anteriormente a tale domenica, e non già il lunedì appresso, perché il termine è a ritroso e dunque anche la sua proroga è necessariamente a ritroso.

Dovrebbe essere una cosa ovvia che la proroga di un termine non ne inverta mai il senso; ma, siccome invece in alcuni TAR la disposizione (già, invero, desumibile dall'art. 155 c.p.c.) veniva interpretava nel senso opposto (ossia che anche nei termini a ritroso la proroga facesse slittare in avanti, anziché indietro, l'ultimo giorno utile per il compimento dell'attività), si è ritenuto opportuno chiarire, nell'art. 52, comma 4, che “per termini computati a ritroso, la scadenza è anticipata al giorno antecedente non festivo” (ovviamente nei casi di cui al comma 3, cioè quando il giorno di scadenza è festivo).

Analoga disposizione non si trova, invece, nel codice di procedura civile; però la Cassazione ha ovviamente interpretato in tal senso l'art. 155 (cfr. Cass. 7 ottobre 2005, n. 19530); se il termine è a ritroso, la direzione del termine non cambia, dunque se quel giorno è festivo si continua ad andare più a ritroso e il termine viene anticipato.

Se, dunque, il decimo giorno libero prima dell'udienza, cioè l'undicesimo giorno di calendario

anteriore all'udienza, è domenica, la scadenza del termine va indietro al venerdì o al sabato, e non già avanti fino al lunedì seguente: ma, ci deve chiedere, andrà a scadere il venerdì o il sabato?

Ebbene, nella redazione del Codice la surriferita specificazione, contenuta nell'art. 52, comma 4, è stata operata con l'ulteriore intendimento di modificare, sul punto, il regime dell'art. 155 c.p.c..

È per questo, in particolare, che il comma 5 dello stesso art. 52 si richiama alla sola "proroga di cui al comma 3", cioè alla proroga che si riferisce esclusivamente ai termini che scadono in un giorno festivo. *Ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, taquit*: dunque il comma 5, recante l'equiparazione, a questo solo fine, del sabato ai giorni festivi, trova applicazione ai soli termini ordinariamente calcolati, ma non anche a quelli – di cui al comma 4, che proprio a tal fine non è stato richiamato nel comma 5 – che sono, invece, calcolati a ritroso.

È, insomma, solo la proroga di cui al comma 3 – ma non anche quella di cui al comma 4 – che si applica, oltre che ai giorni festivi, anche alla giornata del sabato (che, giova ricordare, "ad ogni effetto è considerata lavorativa", ai sensi del VI comma dell'art. 155 c.p.c.).

Se la proroga fa slittare il termine in avanti (per esempio, il termine per depositare il ricorso che è di trenta giorni dall'ultima notificazione), e se l'ultimo giorno è festivo, la sua scadenza sarà prorogata al primo giorno seguente non festivo; analogamente, se l'ultimo giorno è sabato, si va avanti e, essendo la domenica festiva, si slitta fino al lunedì successivo.

Se, viceversa, si tratta di un termine a ritroso, e il giorno di scadenza è domenica, si va indietro al sabato; ma, a quel punto, la disciplina si discosta da quella del codice di procedura civile, perché non si va ancora indietro fino al venerdì precedente, in quanto, volutamente, il comma 5 dell'art. 52, con specifico ed esclusivo riferimento ai termini che vanno a ritroso, ha richiamato il comma 3, che riguarda i giorni festivi, ma non anche il comma 4, che riguarda la giornata del sabato.

Sicché davanti al giudice civile – almeno secondo i suoi orientamenti prevalenti – il termine del sabato slitta, sia in avanti che indietro, come se il sabato fosse domenica.

Ai sensi dell'art. 155 del c.p.c., "la proroga prevista dal quarto comma", cioè se il giorno è festivo, "si applica altresì ai termini per il compimento degli atti processuali svolti fuori dell'udienza che scadono nella giornata del sabato", quindi in ambo i sensi, perché il c.p.c. non fa distinzione tra termini che vanno in avanti e termini che vanno a ritroso.

Invece, nel processo amministrativo, il termine che scade di sabato può slittare solo in avanti, ma non anche indietro.

Il codice del processo amministrativo, che ha ritenuto di dover precisare ai giudici che la stessa norma che fa slittare i termini in avanti si deve applicare anche ai termini computati a ritroso (ma, ovviamente, senza invertirne il senso), ha però deliberatamente voluto introdurre una differenza

rispetto alla disciplina del codice di procedura civile: ossia che, per i termini che sono calcolati a ritroso, la proroga opera solo quando il giorno di scadenza sarebbe festivo, mentre al contrario la giornata del sabato resta, per tali termini, un potenziale *dies ad quem* di effettiva loro scadenza.

Prima del Codice, applicandosi il c.p.c., anche i termini a ritroso avrebbero dovuto, almeno in teoria, slittare all'indietro dalla domenica al sabato e, quindi, dal sabato al venerdì.

Sta di fatto, però, che una parte dei TAR – credendo di operare in *bonam partem*, mentre in realtà si trattava di un'esegesi in *malam partem*, perché provocava una lesione del diritto di difesa delle controparti – interpretava l'art. 155 c.p.c. nel senso che, se in ipotesi il termine è di dieci giorni a ritroso, arrivati a domenica o a sabato operavano una bella inversione per farlo scadere il lunedì successivo, anziché il venerdì precedente, come sarebbe stato doverosamente corretto.

Operando, con l'art. 52, comma 4, la correzione di tale stortura esegetica, il Codice ha ritenuto però di non esasperare fino al venerdì l'allungarsi, sempre a ritroso, del termine: e tale risultato si è realizzato, appunto, richiamando, nel comma 5, solo il comma 3, e non invece anche il comma 4.

Sta di fatto, peraltro, che tale scelta, del tutto consapevole e voluta dalla Commissione redigente, ha provocato un mezzo disastro, per quanto riguarda l'organizzazione degli uffici di segreteria, perché in questi ultimi il sabato – per motivi contrattuali e sindacali, ma non certo normativi – non è assicurata la presenza di sufficiente personale.

C'è stata almeno una riunione tra i vertici del Consiglio di Stato per dibattere questo tema e, a maggioranza (con la contrarietà, per quanto consta, dei soli presidenti Virgilio e Trotta), si è preso atto della necessità di seguire l'esegesi testuale: vale a dire che, se il termine va in avanti, il sabato è computato come se fosse un giorno festivo; soluzione opposta – sicché nella giornata del sabato ben possono scadere i termini per depositare atti del processo – ove si tratti di un termine a ritroso.

La ragione per cui il legislatore ha consapevolmente optato per l'introduzione nel Codice di una tale aporia – certamente non può dubitarsi che sia tale, sul piano sistematico, l'effetto di non aver inserito, nel comma 5 dell'art. 52, anche il richiamo del comma 4, accanto a quello del comma 3 – va individuata nel procedimento cautelare.

Nel quale, come si è già detto, il deposito delle memorie e dei documenti va fatto almeno due giorni liberi prima dell'udienza, ridotti peraltro a uno nei casi di riti accelerati previsti all'art. 119.

Il ricorso, però, va trattato in camera di consiglio alla prima udienza di calendario dopo solo cinque giorni dal suo deposito. Può essere, dunque, che, quando l'udienza è il martedì, il giorno libero in cui non si può depositare è il lunedì, sicché l'ultimo giorno in cui si potrebbero effettuare i depositi, un giorno libero prima, sarebbe domenica, così che si dovrebbe andare indietro al sabato: orbene, in tal caso, se si applicasse interamente la regola fissata dall'art. 155 del c.p.c., anche il

sabato non si potrebbe effettuare il deposito, la cui scadenza andrebbe indietro fino al venerdì.

Dovendosi tener conto del fatto che, come capita un certo numero di volte l'anno, quel venerdì potrebbe essere un giorno festivo (civile o religioso), si finirebbe, almeno in certi casi, con il far coincidere la scadenza del termine di deposito con il quinto giorno anteriore a quello in cui è fissata la camera di consiglio per l'esame della domanda cautelare; ma tale quinto giorno è, allo stesso tempo, potenzialmente anche il primo giorno successivo al deposito del ricorso e – in tal caso – le parti intimare vedrebbero scadere il termine per depositare i propri scritti difensivi per la fase cautelare il primo giorno successivo a quello in cui il ricorrente ha depositato il ricorso (ovviamente non sempre, ma talvolta ciò sarebbe di fatto accaduto).

In tal caso, gli intimati non avrebbero avuto alcuna possibilità di depositare tempestivamente le proprie difese, perché alla fine del sesto giorno anteriore all'udienza la parte non è neanche in grado di sapere se il ricorso sia stato depositato; infatti, se il deposito avviene alla chiusura degli uffici, le controparti non riescono ad averne alcuna conoscenza prima del giorno successivo.

Ebbene, se in quello stesso giorno (il quinto a ritroso dall'udienza) scade il termine per depositare atti e documenti difensivi, cosa potrebbero fare le parti intimare?

Forse dovrebbero presentarsi all'apertura della segreteria, per verificare se il ricorso sia stato depositato a chiusura del giorno precedente – purché che lo riescano a sapere subito, se l'atto non è ancora in giro tra l'ufficio di ricezione e la segreteria – e poi, entro le ore dodici della stessa mattina (cfr., sul punto, l'art. 4 delle norme di attuazione del Codice), effettuare il deposito dei propri atti?

Chiunque si rende conto che, così strutturato, il sistema non regge o, quantomeno, non sarebbe in grado di assicurare in ogni caso l'effettività del diritto di difesa e, con essa, il giusto processo.

Proprio per evitare tutto questo, si è trovato un compromesso, molto dibattuto in Commissione, con la discutibile opzione di considerare il sabato come festivo solo quando il termine scorre in avanti, ma non anche quando è calcolato a ritroso.

Chiunque si rende conto che, dal punto di vista sistematico, si tratta di una scelta incoerente.

Nondimeno, bisogna prendere atto che detta scelta è scaturita dall'esigenza di far fronte, in qualche modo, alla ricordata specificità del rito cautelare, che avrebbe messo a rischio l'effettività del contraddittorio in tutti i casi in cui – come capita alcune volte l'anno – il venerdì precedente al martedì d'udienza sia un giorno festivo (né è inopportuno ipotizzare proprio il martedì come giorno d'udienza, a ogni operatore essendo ben noto che esso è il tipico giorno d'udienza per quasi tutte le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato).

Si è fatta questa lunga digressione sulla questione della scadenza e della proroga dei termini a

ritroso rispetto all'udienza, e circa il parziale recepimento dell'art. 155 c.p.c. nel nostro Codice, perché la conoscenza dei termini effettivi entro cui vanno depositati documenti, memorie e repliche è essenziale per ogni operatore del processo; inoltre, essa è stata una delle questioni più controverse dei primi mesi di vigenza del Codice.

Tornando alla fase decisoria del processo, va particolarmente segnalato il comma 3 dell'art. 73.

Esso ha codificato la proposta esegetica di C.d.S., Ad. Plen., 24 gennaio 2000, n. 1 – peraltro non sempre puntualmente seguita dalla giurisprudenza successiva – secondo cui “ *in un sistema processuale come quello vigente fondato sul principio del contraddittorio, ... la rilevabilità d'ufficio di una questione da parte del giudice non significa che, per cò stesso, tale questione possa essere decisa d'ufficio senza esser sottoposta al contraddittorio delle parti*”.

La norma comporta che il giudice, ogni volta che ritenga di fondare la propria decisione sul rilievo d'ufficio di una questione, deve avvertire le parti della questione che rileva d'ufficio, allo scopo di provocare su di essa il contraddittorio e, quindi, il dibattito delle parti sul punto specifico.

Ciò, però, può e deve farsi – tutte le volte in cui sia possibile – oralmente in udienza, dandosene atto nel relativo verbale, e non già concedendo un rinvio alla parte che lo chieda, al fine di svolgere difese scritte in proposito.

Resta fermo, ovviamente, il potere del giudice di concedere il rinvio della causa su richiesta delle parti che lo richiedano; è anche vero, però, che, se una delle parti vi si opponga, il giudice non può concedere il rinvio argomentando ex art. 73, comma 3, perché tale norma impone e richiede, quale condizione necessaria e sufficiente per la corretta decisione della causa sulla base di una questione rilevata d'ufficio dal giudice, che quest'ultimo provochi su di essa il contraddittorio orale delle parti “in udienza”, non essendo affatto previsto, né essendo perciò necessario, che tale contraddittorio si svolga in forma scritta; tale forma, anzi, è prevista solo subordinatamente dal secondo periodo dello stesso comma 3, per i soli casi in cui “la questione emerge dopo il passaggio in decisione” della causa, ossia in un momento in cui il contraddittorio orale non sia più possibile.

Se, dunque, il potere di concedere o meno un rinvio è sempre una facoltà discrezionale del giudice, il rinvio non è mai un diritto di alcuna delle parti, neanche allorché tutte congiuntamente lo richiedano (anche se il giudice, se c'è una richiesta totalitaria, difficilmente ha motivo di negarlo).

La fissazione di un termine per dedurre in forma scritta è imposta, e consentita, dalla norma solo ove il giudice non abbia sollevato la questione oralmente in udienza, perché se ne sia accorto a udienza terminata, dunque quando si sia già ritirato in camera di consiglio per decidere la causa.

Non c'è spazio, stante il suo preclaro tenore letterale, per diverse esegesi dell'art. 73, comma 3.

In ordine alla decisione, l'art. 75 consente che la deliberazione del collegio possa essere differita

a una camera di consiglio successiva; dunque non è detto (pur essendo questa l'ipotesi normale e più diffusa) che la causa sia sempre decisa il giorno stesso in cui è stata discussa in udienza.

Se essa è particolarmente complessa, capita che ne sia differita la decisione; altre volte capita che la causa sia stata bensì decisa in quello stesso giorno, ma che poi l'estensore, redigendo la sentenza, si avveda che essa non è convincente, ossia che la decisione sia forse da rivedere.

Poiché l'art. 89, comma 2, specifica che la sentenza non può più essere modificata dopo la sua sottoscrizione, ciò significa che, anche quando la causa è stata (provvisoriamente) decisa, finché la sentenza non è redatta e sottoscritta da entrambi coloro che vi sono tenuti, cioè il presidente e l'estensore (nonché il segretario, ma con valenza meramente certificativa dell'avvenuto deposito), il collegio resta padrone di riprenderla in esame, di riportarla in una successiva camera di consiglio e anche di modificare, in tutto o in parte, il contenuto della decisione.

A ciò fanno eccezione, unicamente, i casi in cui la legge prevede che sia pubblicato il dispositivo immediatamente e separatamente.

Nei casi di pubblicazione anticipata del dispositivo il giudice può cambiare opinione, cioè può cambiare la decisione, solo finché non abbia effettivamente pubblicato il dispositivo.

Dopo di che il dispositivo separato, una volta pubblicato, prevale anche sull'eventuale *ius poenitendi* del giudice, che redigendo la motivazione cambi idea, o si accorga di aver sbagliato.

Tutto ciò, però, significa anche che il giudice deve e può pubblicare il dispositivo solo quando la legge lo preveda.

Talvolta si è detto: siccome si tratta di una cosa controversa e delicata, per non rischiare di essere accusati di aver cambiato idea, forse è meglio pubblicare subito il dispositivo, anche se la legge non lo prevederebbe; e sorge perfino il dubbio che sia stato, purtroppo, per considerazioni di tal genere che C.d.S., Ad. Plen., 24 novembre 2005, n. 10, abbia proceduto all'immediata lettura in udienza del dispositivo, asseritamente ai sensi "*delle disposizioni contenute nel quarto comma del più volte richiamato art. 83/11 del T.U. N. 570 del 1960*", nonostante che l'art. 29, III comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, richiamando per il giudizio di appello "*le norme che regolano il processo davanti al Consiglio di Stato*", "*con tutti i termini ridotti alla metà*", precludesse ogni ambito applicativo di detto art. 83/11 (analogamente oggi dispone l'art. 131, comma 2, del Codice).

Ebbene, questo tipo di opzione è processualmente del tutto scorretta.

Fuori dai casi in cui la legge lo prevede, e nei quali è dunque obbligatorio, la lettura o il deposito anticipato del dispositivo non è mai consentito, sicché è da ritenere radicalmente vietato.

Tale conclusione scaturisce, in disparte la tipicità dei provvedimenti processuali, dal rilievo che la pubblicazione del dispositivo separatamente dalla sentenza rende, in caso di contrasto tra

dispositivo e motivazione, prevalente il dispositivo; laddove, se il dispositivo non è pubblicato separatamente, ma resta una parte dello stesso documento che, con la motivazione, contiene l'intera sentenza, in caso di contrasto prevale la motivazione (*rectius*: prevale l'integrazione tra dispositivo e motivazione, che consente di ricostruire quale fosse il significato originario della statuizione).

Sicché deve considerarsi senz'altro sottratta al giudice ogni opzione procedimentale che, senza una specifica base normativa, alteri l'ordinario e corretto rapporto di integrazione tra motivazione e dispositivo, attribuendo indirettamente una valenza dirimente e prevalente al solo dispositivo.

Non può mai, insomma, essere discrezionale se pubblicare, o meno, separatamente il dispositivo: esso è obbligatorio, quando la legge lo prevede; e però è vietato, quando la legge non lo consente.

Sempre in ordine alla decisione, si segnala la notevole importanza dell'art. 76.

Il relativo comma 1 risolve la nota questione di chi debba o possa essere presente in camera di consiglio: alla quale possono presenziare tutti i magistrati che hanno assistito all'udienza, dunque anche quelli che non fanno parte del collegio che è chiamato a decidere una singola causa.

Invece non può presenziare in camera di consiglio il segretario, come pure talora di fatto accade.

È noto che ad ogni udienza possono essere chiamati a partecipare magistrati in numero superiore a quello minimo previsto per la rituale composizione del collegio.

Nondimeno, ai sensi del comma 2, per ciascuna causa la decisione è assunta con il voto dei soli componenti del collegio; ciò significa che gli altri possono essere presenti, ma non possono votare e, dunque, non possono neanche interloquire, salvo che apportino contributi meramente dottrinali.

I magistrati in camera di consiglio sono collegati alle banche dati della giustizia amministrativa, a Italggiureweb, etc., sicché possono fare ricerche giurisprudenziali, e quant'altro; analogamente, non si vede perché non si dovrebbe ritenere consentito chiedere al collega, che pur non faccia parte del collegio, un contributo meramente conoscitivo per l'approfondimento delle questioni trattate.

In ogni caso, l'assetto risultante dall'art. 76, commi 1 e 2, è il medesimo che scaturisce dal combinato disposto degli artt. 276, I comma, c.p.c., e 114, IV comma, disp. att. c.p.c.; sicché la stessa disciplina ora codificata doveva ritenersi già vigente anche anteriormente al Codice, in ragione dell'applicabilità al processo amministrativo delle citate disposizioni processualcivilistiche.

Altrettanto è a dirsi per stabilire la corretta composizione del collegio.

Quest'ultimo è un profilo importantissimo, disciplinato finalmente in modo espresso dall'art. 76, comma 4, del Codice, mediante il richiamo del cit. art. 114, IV comma, disp. att. c.p.c.; che era, ovviamente, applicabile al processo amministrativo anche prima del Codice, sebbene non se ne fosse accorto quasi nessuno, tra i giudici di primo grado (che, invece, erano soliti fissare modalità

alternative di composizione dei singoli collegi, palesemente *contra legem*).

Dispone, dunque, il IV comma dell'art. 114 disp. att. c.p.c. che “se all'udienza sono chiamati giudici in numero superiore a quello stabilito, il collegio per ciascuna causa è formato dal presidente, dal relatore e dal giudice più anziano”.

Se, dunque, in un TAR ci sono più di tre magistrati presenti in udienza, per ciascuna causa il collegio è formato dal presidente, dal relatore della singola causa e, per tutte le cause, dal più anziano degli altri tre.

Si è accennato che in molti TAR era in vigore la prassi, che si è cercato di sradicare con la norma in esame, di stabilire, per esempio, che per le cause aventi un numero pari di ruolo generale il collegio fosse formato dal presidente, dal relatore e dal giudice Tizio, nonché, per quelle aventi numero dispari, dal presidente, dal relatore e dal giudice Caio, ebbene è certo che ormai tali prassi non sono più consentite dal Codice.

Se esse si perpetuassero – come in qualche caso parrebbe essere avvenuto, forse perché non ci si è ancora accorti del richiamo al cit. art. 104, IV comma, disp. att. c.p.c.; e con l'auspicio, dunque, che prima o poi ci sia una rimediazione – si sarebbe di fronte a un vizio di composizione del collegio giudicante che, se dedotto come motivo di appello, dovrebbe dar luogo a declaratoria di nullità della sentenza, con conseguente rinvio al primo giudice ai sensi dell'art. 105, comma 1.

Sebbene non consti che questo vizio sia stato mai dedotto in passato – non tanto perché nessuno se ne sia mai accorto, bensì forse perché mancava una norma espressa (che ora invece c'è) e, soprattutto, perché i difensori cercano di non porsi in diretto contrasto con i presidenti dei tribunali (dovrebbe essere, però, un po' diverso per l'Avvocatura dello Stato) – non può escludersi che esso possa anche integrare una questione di giurisdizione, ove intesa come difetto di *potestas iudicandi* di un collegio costituito difformemente dalla previsione di legge.

Il Codice richiama anche l'art. 118, IV, disp. att. c.p.c., esplicitando così che la designazione dell'estensore della sentenza – di norma effettuata in persona del relatore della stessa causa – debba comunque essere fatta dal presidente nell'ambito dei componenti del collegio che abbiano espresso voto conforme alla decisione assunta.

In pratica, ciò significa che se il relatore è stato messo in minoranza, o si convince della plausibilità della decisione assunta e viene incaricato di scriverne la motivazione, ovvero, se non se ne convince, non può in alcun modo essere obbligato a scrivere una motivazione contraria alla propria opinione (altra cosa, quest'ultima, che in passato talvolta accadeva).

Va pure segnalato il comma 3 dell'art. 79, che ha codificato l'appellabilità delle ordinanze che sospendono il giudizio per pregiudizialità, ai sensi dell'art. 295.

Tale esigenza nasce dal fatto che, altrimenti, l'ordinanza di sospensione potrebbe dar luogo a uno stallo *sine die* del processo, su cui nessuno avrebbe potuto interloquire.

La norma, però, deriva soprattutto dall'orientamento del giudice ordinario che ammetteva l'impugnazione del provvedimento di sospensione del processo civile mediante uno specifico rimedio, che davanti al giudice ordinario è il regolamento di competenza (tale orientamento, con la riforma di cui alla legge 26 novembre 1990, n. 353, è stato infine codificato nell'art. 42 del c.p.c.).

Nel processo amministrativo, siccome il regolamento di competenza è strutturato diversamente e non è un'impugnazione – o, quantomeno, non necessariamente lo è – si è prevista semplicemente l'appellabilità delle ordinanze che sospendono il giudizio, ma l'esigenza di sindacare in qualche sede tale scelta del giudice di primo grado imponeva necessariamente uno sbocco impugnatorio.

Vanno segnalati anche gli artt. 82 e 84.

Dopo cinque anni dal deposito del ricorso va presentata di nuovo l'istanza di fissazione.

La norma opera, in realtà, a regime; sicché potrebbe ritenersi che vada ripresentata “ogni” cinque anni una nuova istanza di fissazione, altrimenti la causa andrebbe in perenzione.

In via transitoria, invece, l'art. 1 delle norme transitorie (allegato 3 al Codice) prevede che alla data di entrata in vigore del Codice, in tutti i ricorsi pendenti a tale data da più di cinque anni, vada depositata – eccezionalmente e *una tantum* – una nuova istanza di fissazione d'udienza, sottoscritta però anche dalla parte, sostanzialmente volta a verificare che persista interesse al ricorso.

È, quest'ultimo, uno strumento deflattivo molto criticato dagli avvocati, che non sembra però lesivo del diritto di difesa, posto che la parte (contrariamente a quanto potrebbe sembrare dalla lettura del solo comma 1) è realmente tenuta ad attivarsi solo dopo la sollecitazione della segreteria del giudice precedente; ciò si ricava dal comma 2, che riconnette l'effettiva e definitiva estinzione della causa non già alla scadenza del termine di cui al comma 1, bensì alla perdurante inerzia dopo la ricezione del decreto presidenziale che, di fatto, si limitava a ipotizzare la perenzione del ricorso.

Sicché, in ultima analisi, il difensore non è stato onerato d'una ricognizione d'ufficio di tutte le cause pendenti. Sembra, peraltro, che anche il giudice ordinario stia valutando di introdurre, tra le misure deflative del contenzioso civile pendente, una norma analoga a questa, per sfoltire almeno in parte i ruoli, soprattutto quelli della Cassazione e delle corti di appello.

Quanto alle spese del giudizio, il Codice ha cercato in tutti i modi di imporre al giudice di non compensarle, condannando invece in ogni caso il soccombente alle spese.

Non è affatto detto che ciò sia un danno per la pubblica amministrazione, stante che questa davanti al giudice amministrativo statisticamente vince un numero di cause superiore alla metà.

Infine si segnala che nei procedimenti in camera di consiglio tutti i termini sono ridotti alla

metà.

5. – Le azioni esperibili.

Pur trattandosi di materia estranea al libro II del Codice, cui è dedicato il presente intervento, in esito all'esame della fase decisoria del processo può innestarsi un rapido – e perciò necessariamente superficiale – *flashback* sull'oggetto su cui il giudice amministrativo può esser chiamato a decidere.

Sicché, per concludere, si farà un salto indietro nel Libro I, onde accennare alle azioni esperibili.

In fondo, questo argomento in qualche senso si correla con il tema della decisione, giacché nel merito la decisione è funzione dell'azione che sia stata esperita (articoli 29, 30, 31 e, in parte, 34).

Si tratta di poche norme, che però hanno costituito uno degli ambiti più controversi di questa codificazione processuale amministrativa.

Storicamente, il processo amministrativo è nato (nel 1890) come processo di annullamento; dunque esisteva in origine solo l'azione di annullamento, di cui all'art. 29.

Successivamente, la giurisprudenza ha pretoriamente enucleato una serie di altri possibili oggetti del giudizio amministrativo, ma la domanda di annullamento è ancora statisticamente prevalente.

Per l'azione di annullamento, l'art. 29 ribadisce i tre classici vizi di legittimità (violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere), nonché il termine di decadenza di sessanta giorni.

Il Codice prevede, altresì, tre ulteriori azioni: l'azione di condanna, di cui all'art. 30; l'azione avverso il silenzio (che è sostanzialmente un'azione di accertamento limitatamente all'illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione) e l'azione di nullità (che è, parimenti, un'azione di accertamento, limitata però al caso di provvedimento nullo), entrambe disciplinate, ma separatamente, dall'art. 31.

Le principali critiche che sono state rivolte al Codice riguardano l'essersi cancellata, rispetto alla sua prima stesura operata dal Consiglio di Stato, l'azione di adempimento (volta a costringere l'amministrazione all'emanazione di un provvedimento avente un determinato contenuto), nonché l'azione di accertamento (al di fuori dai casi tipici del silenzio e della nullità, di cui all'art. 31).

Della nullità ci si può limitare a dire molto poco: la riforma operata con la legge 11 febbraio 2005, n. 15, di novella della legge 7 agosto 1990, n. 241, ha ivi introdotto l'art. 21-*septies*, che tratta della nullità del provvedimento (forse non troppo provvidamente, dato che nel diritto amministrativo non si è che si avvertisse una precipua esigenza di disciplina della nullità degli atti: *quod nullum est, nullum producit effectum*, ciò che è nullo non ha effetto, ma non serviva dirlo, derivando come corollario dalla teoria generale).

Viceversa, disciplinare il regime dell'atto nullo ha creato, automaticamente, il problema del

discrimen tra l'atto nullo e l'atto inesistente; e, siccome l'atto inesistente continua a essere lo stesso atto nullo di prima, la principale critica che può farsi è che, ridotta a un termine di centottanta giorni l'azione di accertamento della nullità – che dovrebbe invece essere, secondo la teoria generale, imprescrittibile – quest'ultima è diventata una sorta di super-annullabilità.

Tale critica è probabilmente fondata; forse, però, sarebbe ancor più fondata ove rivolta al legislatore del 2005, che ha voluto introdurre questa categoria, di cui non erano in molti ad avvertire un particolare bisogno nell'ambito della disciplina del procedimento amministrativo.

Il compromesso realizzato dall'art. 31, comma 4 è stato, forse, un po' forzoso; si è fissato un termine di centottanta giorni per la proposizione dell'azione di accertamento della nullità dell'atto, lasciando però perpetua la corrispondente eccezione di nullità, nonché la sua rilevabilità d'ufficio.

In qualche senso, si è pensato di poter mutuare, sul punto, il principio fissato nell'art. 1442, IV comma, del codice civile, per l'azione di annullamento (secondo cui *quod temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum*).

Non è parso, cioè, fuori sistema stabilire che, in via di azione, qualcosa possa essere richiesto solo entro un certo termine; e che, invece, in via di eccezione la stessa cosa possa dedursi *sine die*.

Si è così recuperata, in pratica, una parte dell'imprescrittibilità della nullità; il fatto è, però, che non si tratta più di una vera e propria nullità, bensì di una sorta di super-annullabilità, e su ciò la dottrina sembra proprio aver ragione.

Non è stata invece disciplinata un'azione generale di accertamento mero.

In effetti, di tale azione si parla, soprattutto, con riferimento ai casi di attività privata sorretta da D.I.A. (dichiarazione, o denuncia, di inizio attività, secondo i diversi ambiti) in cui non c'è (più) un provvedimento amministrativo sottostante, ma si vorrebbe consentire ai controinteressati di fare in qualche modo accertare se l'attività che sia stata svolta rientri, o meno, in quella liberalizzata.

C'è, però, il dubbio che la ricerca, in questi settori, di ambiti in cui consentire, sempre e comunque, la cognizione del giudice amministrativo celi un retropensiero di conservazione della materia sotto il controllo amministrativo; se la D.I.A., e oggi ancor di più la S.C.I.A., non danno luogo alla formazione di provvedimenti taciti o impliciti, bensì corrispondono ad attività private sottratte al controllo dell'amministrazione e che tuttavia devono essere a questa comunicate per mere finalità di verifica dell'ambito in cui il soggetto privato si sia mosso (cioè, in altri termini, per consentire di vagliare se tale ambito non ecceda quello che sia stato effettivamente liberalizzato), verrebbe spontaneo chiedersi se sia davvero necessario che di esse, o anche della mera dedotta assenza dei relativi presupposti, debba poter conoscere il giudice amministrativo.

Il quale, così come non può conoscere di un'attività totalmente abusiva (se non che in relazione

all'inerzia serbata dall'amministrazione sulle istanze di repressione di tale attività formulate dai controinteressati; ma è una cosa ben diversa), analogamente dovrebbe restar fuori (salvo che non sia chiamato ad occuparsi della corrispondente inerzia, che resta sempre impugnabile in base all'art. 31) da ogni rapporto giuridico in relazione al quale l'amministrazione (a ragione o a torto) non sia stata richiesta dell'emanazione di provvedimenti amministrativi, né comunque ne abbia emanati.

Si tratta, invero, di una questione su cui parrebbe non esserci ancora un'esaustiva elaborazione; ma che, essendo stata recentemente rimessa all'esame dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, rischia ora di essere decisa senza un'adeguata ponderazione e, dunque, forse erroneamente.

Però quello che lascia più perplessi è il rilievo che qualsiasi decisione sia presa dall'Adunanza plenaria – risultando ormai semivincolante, ai sensi dell'art. 99, comma 3, del Codice – provocherà l'effetto di definire per sempre una linea esegetica che, ad oggi, non è forse ancora del tutto matura.

In generale, merita rilevarsi che la previsione del cit. art. 99, comma 3, è un'arma a doppio taglio: da un lato, senz'altro, essa renderà più prevedibili le successive decisioni giurisprudenziali; ma, dall'altro lato, potrà integrare un ostacolo oggettivo alla completa ponderazione e maturazione delle nuove questioni che volta a volta si impongono alla riflessione della giurisprudenza.

Ciò suggerirebbe maggior prudenza, da parte delle sezioni semplici, nel valutare quale sia il più opportuno momento per rimettere all'Adunanza plenaria la soluzione di un contrasto interpretativo: in primo luogo, di norma si dovrebbe aspettare che un contrasto effettivamente si manifesti; inoltre, se possibile, non sarebbe male lasciarlo, per così dire, un po' decantare, quanto basti ad acquisire al dibattito dottrinale e giurisprudenziale tutte le opportune proposte e le potenziali idee di soluzione.

Spesso, viceversa, sembra di assistere – soprattutto negli ultimi tempi – a una specie di smania di trovare una soluzione finale a ogni questione, non appena affacciatasi all'esame giurisprudenziale; ciò però, il più delle volte, finisce con l'ostacolare l'auspicabile coincidenza tra certezza del diritto ed esatta interpretazione della legge: giacché, come dice il proverbio, “presto e bene, raro avviene”.

E tutto ciò, come si è accennato, è stato ora aggravato dal vincolo imposto dall'art. 99, comma 3.

Tornando alle azioni, si può rilevare come, in tale ambito, la scelta del Codice sia stata, in effetti, quella di non prevederne alcuna di cui fosse, in qualche senso, controversa l'esistenza o la portata.

Il Codice, in ordine alle azioni, ha dunque cercato di limitarsi a fotografare la realtà.

Non ne ha precluso l'ulteriore evoluzione giurisprudenziale, in cui iniziavano ad affacciarsi le azioni di accertamento e le azioni di adempimento; però ha evitato di codificarle, per non costituire,

esso Codice, uno stimolo allo sviluppo, in un senso o nell'altro, della giurisprudenza in materia.

Con riguardo all'azione di adempimento, ad esempio, si può rilevare che l'ordinamento – allo stato attuale di sviluppo del processo amministrativo – sicuramente conosce l'adempimento come corollario del c.d. effetto conformativo della sentenza di annullamento.

Quest'ultima, all'esito della cognizione di determinati motivi di ricorso afferenti al merito della pretesa fatta valere in giudizio, vincola sostanzialmente l'ulteriore attività amministrativa a un certo contenuto, che magari può anche implicare l'obbligo di rilasciare un determinato provvedimento.

Si tratta, comunque, di un mero corollario del contenuto oggettivo del giudicato formatosi in esito all'azione di annullamento.

Dall'annullamento di un diniego di rilascio di un provvedimento favorevole, si pensi a un titolo edilizio, può in effetti derivare – ma solo ove i motivi di ricorso abbiano spinto la cognizione del giudice fino al fondamento della pretesa, perché il ricorso era strutturato in quel certo modo, e perché il diniego aveva quelle altre caratteristiche – un c.d. effetto conformativo della sentenza che, in sede di ottemperanza, dia addirittura luogo all'emanazione del provvedimento ampliativo da parte del giudice, o comunque del suo ausiliario (commissario *ad acta*).

Non è sembrato opportuno, tuttavia, trarne il corollario della necessità di codificare un'azione autonoma di adempimento, anche per evitare – come si è temuto nelle competenti sedi di gestione della politica economica nazionale – che le amministrazioni pubbliche non riuscissero più a gestire al meglio il proprio c.d. *core business*, perché tenute costantemente per la giacca e forzate a emanare specifici provvedimenti in singoli casi dal giudice amministrativo.

È stata forse una preoccupazione eccessiva, stante che si può arrivare allo stesso risultato in sede di ottemperanza, in base al c.d. effetto conformativo; né si può negare che un codice che avesse espressamente disciplinato anche l'azione di adempimento sarebbe apparso più completo.

Però è un fatto che la scelta sia stata invece quella di non forzare in alcun modo (ma, tuttavia, neanche precludendolo) lo sviluppo giurisprudenziale che era in atto, sia in materia di azione di adempimento, che in tema di azione di accertamento.

L'azione di adempimento, che sarebbe volta a ordinare l'adozione di un certo provvedimento, si è visto poter derivare anche oggi, come già prima derivava, dall'effetto conformativo della sentenza di annullamento; ebbene, tale azione, oggi, sembra possa considerarsi insita nell'art. 30, dato che esso, nel disciplinare l'azione di condanna, non considera solo quella pecuniaria ma, come emerge dal confronto con l'art. 34, comma 1, lettera c), vi include anche la condanna “all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio”.

Sicché la norma ben può essere riferita anche alla condanna a emanare un certo provvedimento.

Forse questa “è” l’azione di adempimento, disciplinata dal combinato disposto degli artt. 30 e 34; sicuramente, comunque, questa “può essere” l’azione di adempimento se, in concreto, l’effetto conformativo della decisione vincoli l’ulteriore esercizio dell’attività amministrativa nell’*an*, nel *quid* e nel *quomodo*, in modo tale da rendere necessaria, per una corretta ottemperanza della decisione, l’emanazione di un provvedimento di quello specifico contenuto. È una mera eventualità.

Va rilevato che l’art. 30, al comma 3, risolve o cerca di risolvere – si dovrebbe pensare che lo risolva, salvo a verificare quale sia sul punto l’avviso della Cassazione – la nota questione della c.d. pregiudiziale amministrativa.

In materia di risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo – che, si badi bene, non è un diritto soggettivo al risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo bensì uno strumento di ulteriore tutela dell’interesse legittimo, insieme all’annullamento dell’atto lesivo – è stato previsto un termine di decadenza di centoventi giorni.

C’è stato chi ha cercato di farne una questione di principio, per non far coincidere il termine con quello per la proposizione del ricorso straordinario; ma questa è stata la scelta finale del legislatore.

Si sta trattando, ovviamente, del solo danno da lesione di interesse legittimo, perché se la domanda attiene a diritti soggettivi (in ambiti di giurisdizione esclusiva) non si dubita che il ricorso possa proporsi nel termine di prescrizione, di cinque o dieci anni secondo che si tratti di responsabilità extracontrattuale o contrattuale; in proposito, dunque, nulla è stato innovato.

Ebbene, la domanda di risarcimento del danno per lesione di interesse legittimo si può proporre anche in via autonoma, come dice chiaramente il comma 1, rispetto alla domanda di annullamento.

Infatti, “l’azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione”, e dunque come complemento dell’azione di annullamento; “o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva [cioè a tutela di diritti soggettivi] e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma”.

Ne deriva che, nei casi di cui al comma 3, l’azione di condanna può proporsi, in via autonoma e sganciata rispetto alla domanda di annullamento, anche a tutela risarcitoria dell’interesse legittimo.

È conseguenza innegabile di ciò che la c.d. pregiudiziale amministrativa, almeno sul piano dogmatico, fondamentalmente non esiste più.

Però, se oggi per legge la pregiudiziale non è più causa di inammissibilità del ricorso di chi chieda i danni senza aver prima richiesto l’annullamento dell’atto lesivo, dal punto di vista sostanziale ed ai fini della fondatezza del ricorso (cioè in relazione della sua concreta accoglibilità), il Codice, nel secondo periodo del comma 3, specifica che – pur non essendo l’impugnazione dell’atto lesivo condizione di ammissibilità della domanda di risarcimento per la lesione

dell'interesse legittimo – la domanda di risarcimento non può però essere accolta – giacché “il giudice esclude il risarcimento dei danni” – con riferimento a tutti quei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza.

Fino a qui, tale formulazione è la stessa dell'art. 1227 del codice civile, per il quale non è dovuto il risarcimento di quei danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

La norma, però, specifica ulteriormente quale sia il contenuto dell'ordinaria diligenza richiesta a questi fini (andando, sul punto, un po' oltre l'art. 1227 del codice civile): nell'ordinaria diligenza rientra anche “l'esperimento degli strumenti di tutela previsti”, ovviamente nei termini di legge.

Quest'ultima specificazione (“nei termini previsti dalla legge”) era presente in una precedente versione della bozza del Codice, ma alla fine è stata tolta: sia perché in effetti non necessaria, sia anche per non esacerbare uno dei passaggi più tormentati e controversi dell'intera codificazione.

L'ipotesi concreta, ovviamente, è che ci sia stato un provvedimento che ha provocato un danno; se fosse stato impugnato, il danno sarebbe stato evitato; ma non è stato impugnato, e l'interessato si limita a chiedere i danni. In tal caso, la domanda risarcitoria autonoma è senz'altro ammissibile, ma andrà respinta nel merito per la stessa ragione per cui il giudice civile la respinge quando applica l'art. 1227, ossia perché non è stata usata l'ordinaria diligenza per ridurre il danno o per evitarlo.

Nel diritto civile si parla di obblighi di protezione, gravanti sul creditore a tutela del debitore.

Si è soltanto specificato, in aggiunta, che, in questa materia, l'obbligo di diligenza gravante sul creditore gli impone anche di azionare gli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento.

Questa non è però una pregiudiziale – mascherata sempre e comunque da rigetto della domanda, anziché vestita dei panni della sua inammissibilità – perché, in tutti i casi nei quali l'impugnazione non sarebbe comunque stata in grado di evitare la verifica del danno, l'impugnazione non è affatto necessaria, neanche ai fini dell'accoglimento nel merito della domanda risarcitoria.

Si pensi, ad esempio, a tutti i casi in cui il provvedimento amministrativo è posto in esecuzione contestualmente o immediatamente dopo la sua notificazione; come nel caso di ordine di demolizione di un edificio pericolante, notificato ed eseguito *ad oras*, o comunque entro pochi giorni, o entro un termine non superiore a quello per proporre ricorso e per poter ottenere anche una misura cautelare; oppure, si pensi all'ordine di chiusura dell'esercizio commerciale per la giornata di domenica – molti esercizi adesso restano aperti la domenica – notificato il giorno prima o due giorni prima. In questi casi, quand'anche avesse fatto ricorso, la parte in concreto non sarebbe stata in grado di evitare il pregiudizio, dunque in tutti questi casi la mancata impugnazione dell'atto non può comportare il rigetto della domanda.

Se, invece, l'impugnazione che fosse stata diligentemente proposta avrebbe potuto evitare il

danno, la domanda sarebbe bensì ammissibile, ma infondata, perché il creditore danneggiato non si è attivato a protezione nell'interesse del debitore (cioè dell'amministrazione danneggiante).

È difficile, peraltro, capire tutto il caos che si sta agitando, da qualche anno, sulla pregiudiziale.

Fra l'altro, non si riesce a comprendere per quale motivo, in materia condominiale, se non sia stata impugnata la delibera assembleare lesiva, il giudice civile neghi senz'altro il risarcimento del danno (salvo che non si tratti di delibera nulla; ma non è ovviamente quello il caso paragonabile al provvedimento lesivo illegittimo e, come tale, meramente annullabile, e però interinalmente efficace); e, viceversa, se non sia stato impugnato il provvedimento illegittimo, si arriva quasi a sostenere che sia eversivo ogni orientamento giurisprudenziale che neghi il risarcimento del danno (il che parrebbe postulare che i provvedimenti dell'amministrazione abbiano, nel sistema giuridico nazionale, una valenza dogmatica minore di quella delle delibere condominiali).

Ciò è davvero difficile da comprendere, se non che considerandola un'infatuazione concettuale.

Merita una segnalazione anche il comma 4 dell'art. 30, sul danno da ritardo: ivi, con una scelta oggettivamente compromissoria, il legislatore ha stabilito, da un lato, che l'azione di danno da ritardo vada proposta entro il termine di cui al comma 3, ossia entro centottanta giorni, ma dall'altro che il termine non decorre finché perdura l'inadempimento; nondimeno, se l'inadempimento si protragga per oltre un anno, l'azione di danno da ritardo va comunque proposta entro il termine di cui al comma 3, decorrente dalla scadenza di detto anno.

Non c'è dubbio che si sia trattato di una scelta compromissoria, perché nei fatti è come se fosse stato fissato un termine massimo di un anno e centoventi giorni; essa trova però la sua ragione nell'esigenza di assicurare un minimo di certezza, a fronte di inadempimenti che potrebbero durare per un tempo eccessivamente lungo; anche perché, nonostante le contestazioni della dottrina, anche in tema di impugnazione del silenzio l'art. 31, comma 2, prevede che l'azione possa essere esperita fintanto che perdura il silenzio inadempimento e, comunque, non oltre un anno dal termine entro cui avrebbe dovuto concludersi il procedimento.

Si può obiettare che, in quel caso, l'istanza sia riproponibile, diversamente che per il danno da ritardo già verificatosi; ma, in realtà, anche in caso di silenzio l'istanza è riproponibile solo se non sia mutata la situazione di fatto e di diritto, ossia a normativa vigente e situazione attuale; se invece è cambiata la situazione di fatto o di diritto, l'istanza potrebbe aver perso ogni suo fondamento.

Se vi è stata, nell'art. 30, comma 4, una forzatura tesa a dare certezza al risarcimento del danno da ritardo, essa non pare però andare al di là di quella, pacificamente accettata in dottrina in materia di silenzio, di cui all'art. 31, comma 2 del Codice, che poi riprende l'art. 2 della legge n. 241/90.

Ricapitolando, in estrema sintesi: c'è l'azione di annullamento; c'è l'azione di condanna (che, in

un certo modo, così com'era anche prima, continua a inglobare l'azione di adempimento, almeno se considerata come corollario dell'effetto conformativo del giudicato, azionabile in ottemperanza); non c'è, invece, un'azione di adempimento espressamente disciplinata; c'è, nell'ambito delle azioni di accertamento, una disciplina espressa solo per quelle relative al silenzio e alla nullità.

Del resto, rispetto all'introduzione di un'azione generale di mero accertamento, forse non era sufficientemente matura la stessa evoluzione pretoria della giurisprudenza; che peraltro, come pure si è accennato, neppure sembra atteggiarsi, allo stato, in modo pienamente convincente.

Le grandi questioni su cui il Codice è più criticato sono proprio queste: non avere introdotto l'azione di adempimento, non aver introdotto l'azione generale di accertamento mero, e l'aver seguito una soluzione di compromesso sulla c.d. pregiudiziale amministrativa che è considerata troppo conservativa, o conservatrice, da parte di chi invece avrebbe voluto un superamento totale dell'impugnazione come presupposto pratico per ottenere il risarcimento.

Chi sostiene questo, però, avrebbe l'onere di spiegare perché, invece, la stessa Cassazione neghi il risarcimento in materia condominiale, se la delibera assembleare illegittima e produttiva del danno non sia stata impugnata nel termine di trenta giorni (e, analogamente, in materia societaria non concede il risarcimento se la delibera lesiva non sia stata tempestivamente impugnata); sicché non si riesce a comprendere su che basi si possa sostenere che, in materia amministrativa, il danno vada sempre risarcito anche a favore di chi, potendo impugnare l'atto lesivo, non l'abbia fatto.

Ancor meno è dato comprendere – se non che ipotizzando un abuso nell'esercizio della funzione regolatrice della giurisdizione – come si possa sostenere che il controllo della Corte di cassazione sulla giurisdizione del giudice amministrativo si estenda anche alla verifica delle modalità di esercizio di detta giurisdizione; il che non solo non è vero, perché il confine di giurisdizione è un confine esterno, ma non è vero altresì perché l'art. 4 delle norme di coordinamento e abrogazioni (allegato 4 del Codice), che reca l'elenco delle norme abrogate, stabilisce tra l'altro (al comma 1, n. 4) che: “A decorrere dall'entrata in vigore del presente decreto legislativo, sono o restano abrogati i seguenti atti normativi: ... 4) regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054: articoli da 1 a 4 compresi; da 6 a 10 compresi; da 26 e 32 compresi; 33, secondo comma; da 34 a 47; da 49 a 56 compresi”.

Non è abrogato l'art. 48, che dunque è stato confermato come vigente dal legislatore del 2010 – che lo ha anzi consapevolmente escluso dalla lista delle disposizioni abrogate, avendo all'uopo interrotto la sequenza degli articoli da 34 a 56 – né sarebbe sostenibile che esso fosse già stato tacitamente abrogato anteriormente perché, non avendolo inserito tra le norme che “sono o restano abrogate”, il legislatore del 2010 ha palesemente dimostrato – con la stessa valenza, si potrebbe dire, di un'interpretazione autentica – di considerarlo pienamente vigente.

Orbene, tale art. 48 specifica esattamente che il sindacato della Cassazione sul limite esterno della giurisdizione può riguardare, appunto, solo il confine esterno di essa, ma non può occuparsi delle modalità di esercizio di tale giurisdizione, giacché altrimenti non sarebbe un sindacato *finium regundorum*, ossia teso a regolare il confine tra l'ambito della giurisdizione amministrativa e quello della giurisdizione ordinaria, ma darebbe luogo a un controllo della Cassazione sul contenuto di merito delle sentenze amministrative, ai sensi dell'art. 360, n. 3), c.p.c.; se non fosse però che detto art. 360, n. 3), c.p.c. può riguardare soltanto le sentenze del giudice ordinario, mentre è vietato, per le sentenze del giudice amministrativo e contabile, dall'art. 111, ultimo comma, della Costituzione.

Sicché ogni diversa affermazione non potrebbe che integrare un cortocircuito nei rapporti tra le giurisdizioni, incidente altresì nell'ambito delle rispettive attribuzioni costituzionalmente garantite.