

# ***I principi dell'Unione europea nella tutela giurisdizionale ed extra-giudiziaria del privato nell'ambito dei rapporti con la P.A.<sup>1</sup>***

di  
Giuseppina Adamo  
Magistrato TAR

***1.- Il diritto europeo nei principi generali del codice del processo amministrativo. 2.- Il processo ingiusto per irragionevole durata: le forme "alternative" di tutela come fattore di deflazione del contenzioso. Le ADR come "forme integrative" di tutela nell'esperienza anglosassone e nel diritto dell'Unione europea. 3.- La conciliazione civile italiana come forma alternativa di tutela. 4.- Le forme alternative di tutela nei rapporti con l'amministrazione: dai ricorsi amministrativi alle autorità indipendenti. 5.- Codificazione del processo e ADR.***

1. Il tema che mi è stato assegnato si colloca in una linea di continuità rispetto alle relazioni che hanno scandagliato tutti gli aspetti sostanziali, contenutistici e procedurali attraverso i quali si sostanzia l'influenza esercitata sul nostro ordinamento da quello che sinteticamente è denominato nell'articolo 1 del codice del processo amministrativo "diritto europeo" e, in particolare, dal diritto dell'Unione europea.

A me spetta preliminarmente quindi solo di fornire delle indicazioni su come il codice del processo amministrativo abbia assunto esplicitamente a proprio parametro le elaborazioni (soprattutto giurisprudenziali) rivenienti da tale diritto.

È ovvio che il riferimento fondamentale sia costituito dagli articoli 1 e 2 del decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104.

---

<sup>1</sup> Lo scritto riproduce, con l'aggiunta di alcuni riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, la relazione su *Il Codice del processo amministrativo ed il diritto dell'UE - Le forme "alternative" di tutela* svolta al corso di formazione per magistrati amministrativi tenutosi presso il T.A.R. della Campania il 6 giugno 2011, dedicato al tema de *Il diritto processuale amministrativo tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*.

In riferimento all'argomento è sufficiente evidenziare a questo proposito solo alcuni profili.

Il primo è la parziale disimmetria insita nella locuzione "tutela piena ed effettiva", utilizzata dall'articolo 1, che congiunge i principi della Costituzione con quelli del diritto europeo.

L'espressione "diritto europeo" ovviamente sottintende sia le regole della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, sia l'intero ordinamento dell'Unione europea, come rielaborato dalla Corte di giustizia.

In due diverse prospettive, in realtà, sia le prime sia il secondo si pongono come risultato quello di garantire un livello minimo *standard* di accessibilità e di qualità della tutela giurisdizionale.

Queste diverse prospettive devono essere meglio definite.

Da un lato, il Consiglio d'Europa (e, in questo ambito, in particolare, la Corte europea dei diritti dell'uomo) verifica che la Convenzione venga rispettata da una serie di sistemi giudiziari, tra loro assai diversi, che offrono una diversificata e disomogenea gamma di garanzie. Ciò attraverso il parametro costituito invero da un catalogo di diritti oggettivati in dichiarazioni di principio d'illuministica chiarezza. Tali condizioni comportano che l'attenzione s'incentri più sulle violazioni più eclatanti della Convenzione che non sulle particolarità delle realtà nazionali, come conformate nel tempo dal legislatore, con la conseguenza che la Corte europea spesso trascura nelle sentenze<sup>2</sup> gli aspetti ricostruttivi e propulsivi attraverso i quali esprimere linee-guida utili per la promozione della qualità del servizio giustizia, partendo dalla situazione concreta del singolo Paese.

---

<sup>2</sup> Tranne che nelle c.d. "sentenze pilota" su cui (criticamente) V. ZAGREBELSKY, *Violazioni "strutturali" e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di "Broniowski"*, in *Diritti umani e diritto internaz.*, 2008, 2, 5, spec. 10.

È d'altronde questa una caratteristica insita nelle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, in base all'art. 6 della Convenzione, non si occupa oggettivamente della giustizia, ma soggettivamente del diritto individuale al giusto processo. In tale aspetto, il codice del processo amministrativo (ma già l'art. 111 della Costituzione) si allontana decisamente dal modello internazionale da cui pure mutua il nucleo precettivo, laddove con diversa impostazione, all'articolo 2, dichiara che –oggettivamente– "Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione".

Nel percorso dell'Unione europea invece il controllo di adeguatezza della tutela giurisdizionale è strumentale all'affermazione della vincolatività e dell'effettiva applicazione delle norme materiali di fonte comunitaria<sup>3</sup>.

Si tratta cioè di assicurare che le norme sovranazionali conseguano completamente il loro effetto utile, ossia incidano veramente sugli ordinamenti interni e su questa base attribuiscono dei diritti che possano realmente essere esercitati, soprattutto nei settori in cui la Comunità prima e poi l'Unione hanno introdotto diritti nuovi (come nel campo della tutela dei consumatori) o hanno agito con più incisività per abbattere gli ostacoli alla libertà di circolazione e di stabilimento (aprendo mercati fin allora marcatamente nazionali, come quello delle commesse pubbliche).

---

<sup>3</sup> Ciò spiega, ad esempio, l'impostazione data alla direttiva 2007/66/CE dalle cui norme (in specie relative all'inefficacia del contratto e alle sanzioni sostitutive) emerge una connotazione oggettiva della giurisdizione, su cui E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), pubblicato il 9.5.2011, par. 7; F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), pubblicato il 2.3.2010.

Nel rispetto del più generale principio di sussidiarietà, la Corte di giustizia verifica il rispetto di questi parametri di adeguatezza in conformità del principio di equivalenza (per cui la tutela dei diritti attribuiti da norme dell'Unione dev'essere almeno pari a quella prevista per i diritti conferiti da norme nazionali) e del principio di effettività (alla stregua del quale il sistema nazionale di rimedi giurisdizionali dev'essere tale da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente gravoso l'esercizio dei diritti attribuiti al singolo da norme dell'Unione). È noto che questo scrutinio ha in particolare riguardato la tutela cautelare, la disciplina dei termini interni per l'impugnazione e il riconoscimento del diritto al risarcimento anche in relazione a situazioni in cui tale ristoro era negato, come in Italia. Gli esiti dello sviluppo dei sistemi nazionali in rapporto dialettico con la UE il più delle volte si sono limitati ad un adattamento agli *standards* europei, conservando le differenze nazionali (*Europeanisation*), e, solo a volte, sono giunti ad una convergenza, con l'adozione di norme sempre più somiglianti<sup>4</sup>, mentre non sono mancati episodi di vera e propria armonizzazione (proprio nel campo della tutela del consumatore e quello degli appalti pubblici), in cui il principio dell'autonomia procedurale è stato accantonato per far posto alla predisposizione di un sistema di tutela direttamente ad opera dell'Unione europea<sup>5 6</sup>.

---

<sup>4</sup> M. ELIANTONIO, *Europeanisation of Administrative Justice* ?, Groningen/Amsterdam, 2009, 288; in relazione allo sviluppo dell'intero diritto amministrativo europeo: M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, IV ed., 2011, 138; E. PICOZZA, *Diritto dell'economia: disciplina pubblica* (Il volume del *Trattato di diritto dell'economia*, diretto da E. PICOZZA, E. GABRIELLI), Padova, 2005, distingue tra uniformazione, armonizzazione e azione indiretta (pag. 31), osservando peraltro che "l'adattamento <<processuale>> degli Stati membri è in generale più lento dell'adattamento dei diritti sostanziali" (pag. 689).

<sup>5</sup> D.-U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009, 118.

Il rispetto di *standards* minimali in cui si risolve il principio europeo di effettività è evidentemente un obiettivo del tutto diverso da quello che si trae dalle norme costituzionali, come interpretate dal Giudice delle leggi.

In definitiva, dal punto di vista interno, l'effettività della tutela è inscindibilmente legata alla sua pienezza e tende ad assicurare agli interessati attraverso il processo tutta l'utilità che sarebbe loro spettata, sul piano sostanziale, se la disciplina relativa al caso concreto fosse stata correttamente applicata. Il perseguimento di tale obiettivo (nient'affatto minimale) si è realizzato nel tempo anche attraverso un metodo "contrastivo", che ha messo a paragone le soluzioni offerte dei vari tipi di processo, usualmente presumendo che il processo civile potesse essere assunto a riferimento paradigmatico. In definitiva questa lunga premessa conduce a una conclusione abbastanza semplice.

È stato evidenziato da più parti il valore simbolico degli articoli 1 e 2 del codice<sup>7</sup>; ma è stato anche sottolineato che i principi europei (che comprendono il giusto processo) non possono assolvere solo una funzione meramente descrittiva e non anche e soprattutto una propriamente prescrittiva<sup>8</sup>, perlomeno nel quadro di una "giustizia procedurale imperfetta", che voglia e possa presentarsi cioè adeguata

---

<sup>6</sup> Si deve peraltro rimarcare che il contesto in cui si colloca il principio di autonomia procedurale si è profondamente modificato rispetto ai tempi in cui esso era stato compiutamente elaborato (nella sentenza della Corte di giustizia 16 dicembre 1976 in C-33/76, *Rewe*); tali modifiche, per quel che in questa rileva, culminano negli articoli 81 (sulla cooperazione giudiziaria nelle materie civili, su cui si tornerà nel par. 2) e 82 (sulla cooperazione giudiziaria nelle materie penali) del Trattato di Lisbona.

<sup>7</sup> Per tutti: B. DELFINO in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2010, 4.

<sup>8</sup> G. MONTEDORO, *Il principio del giusto processo nell'ottica della continuità fra il momento sostanziale e il momento giudiziale della tutela della persona nei confronti della pubblica amministrazione*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010, 75, spec. 82.

ed imparziale, svolgentesi con modalità giuste, tenendo nella dovuta considerazione il fattore tempo<sup>9</sup>.

Credo però che questo valore prescrittivo sia già compiutamente espresso dalla Costituzione, così come nella stessa Carta fondamentale si ritrovino le regole per gestire una normativa stratificata (le cui fonti – Convenzione, Carta di Nizza, Trattato di Lisbona, Costituzione italiana) soggetta ad un'interpretazione multilivello (secondo le coordinate chiarite da ultimo dalla Corte costituzionale nelle sentenze nn. 80 e 113 del 2011)<sup>10</sup>.

Il rischio è in effetti di utilizzare il riferimento a canoni e ordinamenti lontani e un po' esotici ed evitare così decisioni scomode a cui si potrebbe giungere già solo attraverso i parametri interni (seppur formati anche attraverso lo stimolo di ambienti europei, come, per esempio, l'articolo 111 della Costituzione). Questo atteggiamento elusivo ci confina ormai sempre più spesso nella scomoda condizione di condannati ormai inermi di fronte agli organi giurisdizionali europei<sup>11</sup>, nella quale subiamo, in modo del tutto passivo, l'impatto

---

<sup>9</sup> G. MONTEDORO, *Il principio del giusto processo*, cit., 79.

<sup>10</sup> Su tali aspetti la puntuale ed esaustiva precedente relazione di R. GRECO su *Il diritto amministrativo europeo dopo il trattato di Lisbona*.

<sup>11</sup> Valga per tutti l'esempio della nota vicenda *Davigo*, che ha condotto infine (dopo un primo rigetto, con sentenza n. 129 del 2008) la Corte costituzionale a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'articolo 630 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza n. 113/2011).

Quello che realmente meravaglia dell'intero contenzioso è l'atteggiamento di sordo rifiuto alle molteplici sollecitazioni europee a realizzare una modifica processuale che l'adesione alla Convenzione rendeva non solo assolutamente necessaria, ma anche del tutto prevedibile e scontata. A tali inviti si opponeva uno sdegnato rifiuto ad accettare quello che veniva sostanzialmente definito un attentato ai principi del processo, nella specie dell'intangibilità del giudicato. Doveva essere invece assolutamente evidente che, essendo il ricorso alla Corte europea dei diritti

della *vis d'interventi normativi e giurisprudenziali sopranazionali*, alla cui elaborazione rimaniamo anche per disinteresse estranei<sup>12</sup>,

---

dell'uomo subordinato al previo esaurimento dei rimedi interni (articolo 35, paragrafo 1, della Convenzione), era normale che la sentenza di condanna del Giudice europeo si rapportasse ad una sentenza interna passata in giudicato. Di conseguenza, nell'ipotesi in cui la violazione dell'articolo 6 della Convenzione sia accertata rispetto ad un processo, nel quale sono coinvolti diritti fondamentali, la cui lesione è non in sé significativamente ristorabile con tecniche di monetizzazione, devono essere adottate quelle misure generali e/o, se del caso, individuali specificamente necessarie per porre rimedio alla violazione, che, rispetto alla condanna penale "ingiusta", non possono che riguardare il medesimo processo penale.

Il Consiglio d'Europa aveva invero segnalato agli Stati aderenti la necessità di predisporre meccanismi di adeguamento che riguardassero i processi già con la raccomandazione R(2000)2 del 19 gennaio 2000. In seguito, il Comitato dei ministri aveva censurato più volte e inutilmente l'inadempienza italiana all'obbligo d'introdurre un meccanismo volto a riaprire processo dichiarato "non equo" (risoluzioni interinali ResDH(2000) 30 del 19 febbraio 2002, ResDH(2004)13 del 10 febbraio 2004 e ResDH(2005)85 del 12 ottobre 2005, risoluzione finale CM/ResDH(2007)83 del 19 febbraio 2007, a cui si è accompagnato l'analogo atto dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa - risoluzione n. 1516(2006) del 2 ottobre 2006).

La conferma delle insoddisfacenti modalità con cui il problema era stato affrontato e impostato a livello nazionale si ritrova d'altronde nelle stesse conclusioni (finalmente chiare e convincenti) della Corte (punto 9): "Giova ribadire e sottolineare che l'incidenza della declaratoria di incostituzionalità sull'art. 630 cod. proc. pen. non implica una pregiudiziale opzione di questa Corte a favore dell'istituto della revisione, essendo giustificata soltanto dall'inesistenza di altra e più idonea sedes dell'intervento additivo. Il legislatore resta pertanto e ovviamente libero di regolare con una diversa disciplina – recata anche dall'introduzione di un autonomo e distinto istituto – il meccanismo di adeguamento alle pronunce definitive della Corte di Strasburgo, come pure di dettare norme su specifici aspetti di esso sui quali questa Corte non potrebbe intervenire, in quanto involventi scelte discrezionali (quale, ad esempio, la previsione di un termine di decadenza per la presentazione della domanda di riapertura del processo, a decorrere dalla definitività della sentenza della Corte europea). Allo stesso modo, rimane affidata alla discrezionalità del legislatore la scelta dei limiti e dei modi nei quali eventualmente valorizzare le indicazioni della Raccomandazione R(2000)2 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, più volte richiamata, nella parte in cui prospetta la possibile introduzione di condizioni per la riapertura del procedimento, collegate alla natura delle conseguenze prodotte dalla decisione interna e all'incidenza su quest'ultima della violazione accertata".

<sup>12</sup> Sottolinea efficacemente (e amaramente) M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 147, che il rango di Paese "debole" nell'elaborazione del diritto europeo "dipende principalmente dalla nostra capacità di essere presenti In Europa". Per analoghe considerazioni, limitatamente al tema della formazione giudiziaria, sia consentito rinviare al mio *Stretta è la via del giurista europeo*, in *federalismi.it*, pubblicato il 30 giugno 2010,12.

interventi ormai capaci di modificare, ampiamente e profondamente, il nostro ordinamento statale. Ciò perché, come ho già detto, questi interventi finiscono per supplire alla nostra incapacità di affrontare le vicende più spinose e dibattute.

Voglio essere chiara sul punto: non credo che un Paese che ha visto nascere la prima università del mondo necessitasse della Corte europea dei diritti dell'uomo per affermare l'abnormità dell'accessione invertita (la cui contrarietà all'articolo 42 della Costituzione era palese); non penso che l'intollerabile lunghezza dei processi non sia evidente anche ai giuristi italiani, mi rifiuto d'ipotizzare che la "granitica giurisprudenza" negatoria del risarcimento degli interessi legittimi non potesse essere superata con le nostre sole forze, senza la spinta della Corte di giustizia (da *Francovich* in poi<sup>13</sup>), soprattutto dopo che la questione era stata affrontata in dottrina dando un'impostazione processuale e non sostanzial-civilistica <sup>14</sup>.

Analogo atteggiamento è riscontrabile rispetto ad un'ulteriore vicenda che rischia di esporci dinanzi alle sedi eurounitarie: secondo l'articolo 119 del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, il patrocinio nel processo civile, amministrativo, contabile, tributario e negli affari di volontaria giurisdizione è esteso (solo) allo straniero regolarmente soggiornante sul territorio nazionale al momento del sorgere del rapporto o del fatto oggetto del processo da instaurare. La Corte costituzionale, con ordinanze nn. 76/2006 e n. 317/2007, per due volte, ha già dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale della norma, sollevata dal T.A.R. Umbria con ordinanze del 26 novembre 2004 e del 14 marzo 2006. In particolare, il Giudice

---

<sup>13</sup> Il percorso è diffusamente esaminato da M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 616.

<sup>14</sup> Mi riferisco a E. FOLLIERI a partire dalla monografia sul *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984.

amministrativo aveva evidenziato l'illogicità della scelta del legislatore che, nell'articolo 142 del D.P.R. n. 115/2002, ha assicurato anche ai clandestini il patrocinio nei giudizi concernenti i provvedimenti di espulsione, mentre poi non ha concesso il beneficio in caso d'impugnazione del diniego del permesso di soggiorno o d'istanza di regolarizzazione, che si atteggiavano specificamente a provvedimenti presupposti e condizionanti rispetto all'espulsione, caratterizzata, rispetto ai primi, dal carattere vincolato ed automatico.

Non si può tacere però che la disposizione appare contrastante anche con la direttiva 16 dicembre 2008, n. 2008/115/CE (recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare), il cui termine di recepimento è scaduto il 24 dicembre 2010, nella parte in cui impone agli Stati membri di provvedere affinché sia garantita, su richiesta, la necessaria assistenza e/o rappresentanza legale gratuita per attivare un "ricorso effettivo avverso le decisioni connesse al rimpatrio" (articolo 13, primo e quarto comma). Invero, la formulazione volutamente generica "decisioni connesse al rimpatrio", interpretata secondo la ricostruzione del T.A.R. Umbria, sembra prefigurare un'incompatibilità della regola italiana rispetto al parametro europeo. In definitiva, non è ulteriormente giustificabile un atteggiamento elusivo da parte della giurisprudenza italiana la quale può e deve ancora trovare nella Carta costituzionale la prevalente fonte d'ispirazione per rendere la giustizia un po' meno imperfetta (ovvero più efficace ed efficiente), naturalmente guardando alla Legge fondamentale in modo non pigro e non adagiato sui precedenti.

A questo proposito si deve ricordare il recente apporto della dottrina<sup>15</sup> la quale ha invero osservato che i principi dell'effettività e della ragionevole durata del processo spingono ad ipotizzare una concentrazione della tutela presso un giudice unico e specializzato. Questo rende la lettura degli articoli 103 e 113 della Costituzione, operata dal giudice delle leggi con la sentenza n. 204/2004, inadeguata e superata perché ancorata a una visione cristallizzata del testo costituzionale come storicamente scaturito dai lavori preparatori. In definitiva quindi anche il rapporto fra giurisdizioni e la visione di una giurisdizione esclusiva come somma di casi singoli e particolari che giustifichino una deroga alla giurisdizione ordinaria dovrebbe essere rimeditato in riferimento all'articolo 111<sup>16</sup>.

Se questa conclusione è valida per la giurisdizione, è da chiedersi se anche la nuova disciplina sulla competenza territoriale (con il rafforzamento della cosiddetta competenza funzionale) sia realmente compatibile con questi principi (sia con riferimento ai tempi del processo e a possibili riflessi sulla tutela cautelare, sia con riguardo all'intera evoluzione della giurisprudenza amministrativa come nel corso degli ultimi decenni si è effettivamente concretizzata attraverso il confronto dialettico tra giudici di sedi diverse e difensori appartenenti a fori diversi).

Sull'articolo 2 solo una breve osservazione.

Il richiamo, all'inizio del codice, del "giusto processo" e il presupposto trapianto dell'articolo 6 della Convenzione nella nostra Costituzione

---

<sup>15</sup> F. MERUSI, *Giurisdizione e amministrazione: ancora separazione dopo il codice sul processo amministrativo?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), pubblicato il 1.10.2010, par. 7.

<sup>16</sup> Sui negativi riflessi della distinzione diritti soggettivi/interessi legittimi e del relativo riparto di giurisdizione sull'effettività della tutela, nel senso elaborato in sede comunitaria: E. PICOZZA, *Le situazioni giuridiche soggettive*, in M. P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte generale, II, Milano, II ed., 2007, 903, spec. 925.

risolve in radice un problema molto sentito a livello europeo, quello dell'ambito di applicazione della norma internazionale, che si riferisce espressamente ai giudizi relativi ai diritti e doveri di carattere civile; per cui tradizionalmente sono escluse le controversie in materia fiscale, quelle elettorali, nonché quelle concernenti l'espulsione di stranieri o la concessione di asilo politico, mentre nell'ambito del pubblico impiego rientrano solo quelle non riconducibili al nocciolo duro delle prerogative di *puissance publique*<sup>17</sup>.

Ciò significa che il giusto processo riguarda in Italia tutti i campi, anche quelli non rientranti nella sfera dell'articolo 6, e che quindi l'interpretazione della Corte di Strasburgo finisce per permeare anche settori ai quali sarebbe estranea secondo la Convenzione. Tale influenza ermeneutica da parte della Corte europea non si fonda solo sull'articolo 32 della Convenzione, ma anche sugli ammonimenti presenti nella giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>18</sup> e della Corte di cassazione<sup>19</sup>, per le quali spetta alla Corte di Strasburgo, quale giudice designato dalla stessa Convenzione per il rispetto delle proprie disposizioni, individuare il significato e dunque fornire l'esatta interpretazione delle medesime; sicché, ad esempio, dal momento che il fatto costitutivo del diritto all'equa riparazione previsto dalla c.d. legge *Pinto* è individuato *per relationem* con riferimento all'articolo 6, par. 1, della Convenzione, i giudici nazionali devono rispettare l'indicazione ermeneutica data dal Giudice europeo ovvero applicare le norme della Convenzione come esse "vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea".

---

<sup>17</sup> Sull'assenza di chiari principi discretivi, giudicando insoddisfacenti i risultati di questa giurisprudenza: F. JACOBS, R. C. A. WHITE, C. OVEY, *The European Convention on human rights*, Oxford, 2010, 247.

<sup>18</sup> Sentenza n. 347/2007, par. 4.6-4.7.

<sup>19</sup> Sezioni unite, 26 gennaio 2004 nn. 1338-1341.

2. Nel quadro che ho appena delineato sono presenti più accenni al problema del tempo e alla durata dei processi.

Ho recentemente descritto la situazione della giustizia italiana di fronte al Consiglio d'Europa<sup>20</sup>. Rispetto a quanto riferito in quell'articolo devo solo aggiungere che il Comitato dei Ministri ha pubblicato il 19 aprile 2011 il quarto *Report* annuale sull'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>21</sup>, il quale però sostanzialmente non evidenzia elementi nuovi.

L'emergenza legata all'irragionevole e insostenibile lunghezza delle procedure è invero proprio ciò che condiziona il giurista italiano quando affronta il tema dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie. Fra i vari possibili effetti dell'introduzione di questi metodi, viene infatti riservata la prevalente (o meglio la quasi esclusiva) attenzione alla prospettiva che l'introduzione di un metodo di risoluzione, alternativo rispetto quello giudiziario, possa alleggerire il sovraccarico dei tribunali, con la conseguenza che essi possano definire i processi in tempi più veloci<sup>22</sup>.

In realtà nei paesi anglosassoni e nella stessa Unione europea (seppur con approcci molto differenziati) il *favor* accordato alle ADR si fonda su un più articolato complesso di ragioni. Si va da quelle socio-politiche che pongono l'accento sui vantaggi di allontanare la giustiziabilità dai ceti professionali a cui essi è usualmente affidata, per avvicinarla alle comunità locali, a quelle, più strettamente

---

<sup>20</sup> *Standard europei d'imparzialità e di efficienza nella realtà della giustizia amministrativa*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 21.

<sup>21</sup> [www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Source/Publications/CM\\_annreport2010\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Source/Publications/CM_annreport2010_en.pdf)

<sup>22</sup> R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR* (<<ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION>>), in *Foro it.*, 2003, V, 165, spec. par.10.

giuridiche, che ravvisano dei metodi alternativi modalità di accesso alla tutela che altrimenti sarebbe preclusa (o per gli alti costi del sistema tradizionale o perché la posizione per la quale si agisce è un diritto nuovo, in formazione, non ancora recepito dalla giurisprudenza)<sup>23 24</sup>.

In particolare, anche per le ADR, così come per la tutela giurisdizionale, l'Unione europea guarda a tali mezzi prevalentemente come strumento che permette l'effettivo esplicarsi degli effetti della normativa sostanziale sovranazionale, nella sua tendenza a rafforzare o rinnovare, estendendolo, il quadro dei diritti dei cittadini comunitari. In questo ambito l'azione più incisiva è stata svolta nel campo della tutela dei consumatori.

È in questo contesto che dev'essere letto l'articolo 81 del Trattato di Lisbona sulla cooperazione giudiziaria nelle materie civili che include anche il potere di adottare misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in questa materia. Così, accanto a provvedimenti che portino alla convergenza nel "riconoscimento reciproco tra gli Stati membri delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e la loro esecuzione" (secondo comma, lettera a), nello "accesso effettivo alla giustizia" (secondo comma, lettera e), nella "eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri" (lettera f),

---

<sup>23</sup> M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, 2007, 3; T. E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le alternative dispute resolution*, in *www.giustamm.it*, pubblicato il 26 maggio 2011, 1.

<sup>24</sup> O ancora quando la soluzione di controversie ad alto tasso di tecnicità necessitano di conoscenze specialistiche: così S. STICCHI DAMIANI, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica. Le iniziative comunitarie e del Consiglio d'Europa*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2003, 743.

l'Unione europea si prefigge, come scopo, "lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie".

Tali iniziative però sono limitate alle "materie civili con implicazioni transnazionali" (primo comma), "in particolare se necessario al buon funzionamento del mercato interno" (secondo comma). Questo significa, *per incidens*, che alla giustizia amministrativa (che pure è *naturaliter* compresa nella dizione "materie civili", che si contrappone alla "materia penale") non può che essere dedicata, nelle politiche eurounitarie, una limitata attenzione.

L'orizzonte più ampio in cui si muove l'Unione europea è immediatamente percepibile anche nella direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008 relativa alla materia civile e commerciale<sup>25</sup>, anch'essa in sé espressamente riferita alle controversie transfrontaliere: il suo fine non è di tipo deflattivo del contenzioso, ma principalmente quello di "semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia", come si legge in premessa.

Nel diciannovesimo considerando viene d'altronde sottolineato che "La mediazione non dovrebbe essere ritenuta un'alternativa deteriore al procedimento giudiziario nel senso che il rispetto degli accordi derivanti dalla mediazione dipenda dalla buona volontà delle parti".

Una più pragmatica valutazione costi-benefici è operata solo rispetto al rilievo che le procedure di mediazione sono concepite in base alle esigenze delle parti e conseguentemente gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati

---

<sup>25</sup> La direttiva segue importanti interventi della Comunità: il Libro verde dedicato nel 1993 all'accesso alla giustizia dei consumatori e agli strumenti di risoluzione delle liti in materia di consumo nel mercato unico (COM (93) 576 def. del 16 novembre 1993); le raccomandazioni della Commissione europea sui principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle materie di consumo del 30 marzo 1998 e del 4 aprile 2001; il Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale del 19 aprile 2002 (COM (2002) 196 def.).

volontariamente, oltre a preservare più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Questi benefici – si osserva – diventano anche più evidenti nelle questioni di portata transfrontaliera (sesto considerando).

La Corte di giustizia peraltro ha avuto occasione, di recente, di pronunciarsi in via pregiudiziale sulla compatibilità del tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi al Co.re.com [comitato regionale per le comunicazioni] delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche di cui all'art. 84 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259<sup>26</sup> <sup>27</sup>. Essa ha dichiarato che i principi di equivalenza e di effettività, nonché quello della tutela giurisdizionale effettiva, non ostano ad una normativa nazionale che impone per siffatte controversie il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, a condizione che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone.

In particolare, la Corte ha osservato che l'obbligatorietà del previo tentativo di conciliazione potrebbe sì incidere sul principio della tutela giurisdizionale effettiva; tuttavia, anche questo principio può essere soggetto a restrizioni "a condizione che queste rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un

---

<sup>26</sup> Quarta Sezione, 18 marzo 2010 in C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08.

<sup>27</sup> Su questa esperienza (una delle poche positive nel panorama italiano) si sofferma T. E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia*, cit., 10.

intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti" (in tal senso, sentenza 15 giugno 2006, causa C 28/05, *Dokter e a.*, nonché Corte eur. D.U., sentenza *Fogarty* c. Regno Unito del 21 novembre 2001, punti 62 e 63). Di conseguenza le disposizioni nazionali, che comunque tendono a una definizione più spedita e meno onerosa delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche, nonché a un decongestionamento dei tribunali, e perseguono quindi legittimi obiettivi di interesse generale, optando per una procedura di conciliazione obbligatoria, non comportano una sproporzione manifesta tra tali obiettivi e gli eventuali inconvenienti causati dal carattere obbligatorio della procedura di conciliazione extragiudiziale (anche per gli specifici caratteri di speditezza e informalità della stessa), dato che l'introduzione di una procedura di risoluzione extragiudiziale meramente facoltativa non costituirebbe uno strumento altrettanto efficace per la realizzazione di detti obiettivi (punti 64 e 65)<sup>28</sup>.

3. La logica di utilizzare questi strumenti all'esclusivo scopo del contenimento del contenzioso dinanzi al giudice (ordinario) ispira il decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, il quale recepisce

---

<sup>28</sup> Si tratta in definitiva di argomenti non troppo diversi da quelli della Corte costituzionale in tema di giurisdizione condizionata, per i quali è sufficiente richiamare, per tutte, la sentenza n. 276/2000 in cui si afferma (punto 3.4.): "In ordine al ritardo, la giurisprudenza consolidata di questa Corte ritiene che l'art. 24 della Costituzione, laddove tutela il diritto di azione, non comporta l'assoluta immediatezza del suo esperimento, ben potendo la legge imporre oneri finalizzati a salvaguardare "interessi generali" con le dilazioni conseguenti.

È appunto questo il caso in esame, in quanto il tentativo obbligatorio di conciliazione tende a soddisfare l'interesse generale sotto un duplice profilo: da un lato, evitando che l'aumento delle controversie attribuite al giudice ordinario in materia di lavoro provochi un sovraccarico dell'apparato giudiziario, con conseguenti difficoltà per il suo funzionamento; dall'altro, favorendo la composizione preventiva della lite, che assicura alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quella conseguita attraverso il processo".

(implicitamente) la direttiva – in diretta attuazione della delega di cui all'articolo 60 della legge 18 giugno 2009 n. 69, che invece non menziona la direttiva<sup>29</sup> – ne condiziona non solo le concrete scelte legislative e attuative, ma anche l'atteggiamento stesso della giurisprudenza<sup>30</sup> che è portata a guardare alla conciliazione obbligatoria in chiave esclusivamente alternativa, svalutando quegli aspetti d'integrazione e di promozione della tutela nel suo complesso, ben presenti invece in altri ordinamenti<sup>31</sup>.

Le norme italiane, accogliendo una definizione in linea con quelle elaborate dalla dottrina e nell'esperienza nordamericana<sup>32</sup>, configurano una conciliazione obbligatoria, extragiudiziale e valutativa<sup>33</sup>, nel senso che le risultanze della mediazione influiscono

---

<sup>29</sup> Conclude nello stesso senso E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: notte a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 653, par. 8, cui si rinvia anche per il quadro aggiornato delle ADR in Italia.

<sup>30</sup> Al proposito si deve citare l'ordinanza del T.A.R. Lazio, Sezione prima, 9 marzo-12 aprile 2011 n. 3202, che nei ricorsi promossi contro il decreto ministeriale n. 180 del 18 ottobre 2010 ("Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'art. 16 del decreto legislativo n. 28 del 2010"), ha sollevato la questione di costituzionalità del decreto legislativo n. 28/2010.

<sup>31</sup> Per una lettura attenta alle diverse potenzialità delle ADR: P. DE LISE, *Relazione sull'attività della Giustizia amministrativa*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 14 febbraio 2011.

<sup>32</sup> Per l'articolo 1 è «conciliazione» "la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione"; quest'ultima rappresenta "l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa, svolta dal «mediatore», definito come "la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo".

<sup>33</sup> Su queste distinzioni e sulla molteplicità di figure in cui si sostanziano le ADR, tra le quali, oltre la conciliazione, s'individuano, come specificamente caratterizzate, la negoziazione e l'arbitrato (quest'ultimo rientante nelle ADR "determinative", che si contrappongono a quelle "facilitative"), e sulle tendenze

sul successivo giudizio, sotto il profilo delle spese di giudizio (articolo 12)<sup>34</sup>.

La ristrettezza delle prospettive dalla quale è partito il legislatore italiano ha però già compromesso, sin dall'inizio, le possibilità di successo della conciliazione obbligatoria, provocando l'irrigidimento delle categorie coinvolte nell'attuazione di queste procedure. Intendo solo segnalare che una via per realizzare la deflazione del contenzioso dovrebbe anche passare attraverso il coinvolgimento delle associazioni forensi, favorendo in particolare l'istituzione di organismi di conciliazione da parte dei consigli degli ordini degli avvocati (come previsto dall'articolo 18 del decreto legislativo)<sup>35</sup>. Ciò, attraverso l'introduzione di forme di agevolazione fiscale e previdenziale, specificamente a favore di questi soggetti, superando la limitatezza che connota, sotto questo profilo, sia la legge di delega<sup>36</sup> sia,

---

evolutive che hanno portato ad una "amministrativizzazione" degli strumenti o a formule "court-annexed", come punto di equilibrio tra l'informalità e speditezza delle procedure e il mantenimento dei livelli adeguati di tutela: M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche*, cit.

<sup>34</sup> Inoltre, per l'articolo 8, quarto comma, "Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile".

<sup>35</sup> "1. I consigli degli ordini degli avvocati possono istituire organismi presso ciascun tribunale, avvalendosi di proprio personale e utilizzando i locali loro messi a disposizione dal presidente del tribunale. Gli organismi presso i tribunali sono iscritti al registro a semplice domanda, nel rispetto dei criteri stabiliti dai decreti di cui all'articolo 16".

<sup>36</sup> per l'articolo 60, terzo comma, della legge n. 69/2009 era consentito "o) prevedere, a favore delle parti, forme di agevolazione di carattere fiscale, assicurando, al contempo, l'invarianza del gettito attraverso gli introiti derivanti al Ministero della giustizia, a decorrere dall'anno precedente l'introduzione della norma e successivamente con cadenza annuale, dal Fondo unico giustizia di cui all'articolo 2 del decreto-legge 16 settembre 2008, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2008, n. 181".

conseguentemente, il decreto legislativo<sup>37</sup> <sup>38</sup>, che si occupano solo delle parti.

Sarebbe stato possibile così stimolare non solo l'accettazione di questa importante (ma finora invisibile) novità, ma porre anche le premesse perché la conciliazione funzioni realmente e non si riduca, come altre esperienze consimili, a un inutile viatico per accedere alla tutela giurisdizionale<sup>39</sup>.

Quanto detto, naturalmente, non esime da considerazioni ancora più radicalmente pessimistiche sulla praticabilità di queste procedure in un contesto sociale che non è basato sulla fiducia ma sul sospetto<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> L'articolo 17 prevede l'esenzione dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura degli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione e l'esenzione dall'imposta di registro del verbale di accordo entro il limite di valore di 50.000 euro. Per l'articolo 20, "1. Alle parti che corrispondono l'indennità ai soggetti abilitati a svolgere il procedimento di mediazione presso gli organismi e' riconosciuto, in caso di successo della mediazione, un credito d'imposta commisurato all'indennità stessa, fino a concorrenza di euro cinquecento, determinato secondo quanto disposto dai commi 2 e 3. In caso di insuccesso della mediazione, il credito d'imposta è ridotto della metà".

<sup>38</sup> Questo tipo di approccio collaborativo è d'altronde raccomandato dal Consiglio d'Europa nell'affrontare in Italia le riforme strutturali che consentano di migliorare i tempi della giustizia. Ad esempio, nella risoluzione non definitiva CM/ResDH(2009)42 (reperibile in [www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/WCD/Resolutions\\_en.asp#](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/WCD/Resolutions_en.asp#)) s'invita il Governo a prendere tutte le necessarie iniziative anche per far crescere la consapevolezza del problema da parte dei giudici e per indurre tutti gli attori del sistema giudiziario a migliorare, nel senso della responsabilità e dell'efficienza, il proprio comportamento. Il medesimo atteggiamento ispira d'altra parte sia l'articolo 2, comma secondo, del c.p.a. ("Il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo") sia il dovere di sinteticità degli atti (articolo 3, secondo comma).

<sup>39</sup> Anche le misure premiali in favore degli avvocati hanno consentito la diffusione delle ADR negli Stati Uniti, come sottolinea M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche*, cit., 172, nota 9.

<sup>40</sup> Così G. MONTEDORO, mettendo a paragone Italia e Svezia, nel suo bel resoconto dello *exchange EJTN* effettuato nel Paese scandinavo (*Amministrazione e giurisdizione nel modello svedese: riflessioni e resoconto di un viaggio*, in [www.apertacontrada.it](http://www.apertacontrada.it), 8 aprile 2010), per giungere alla conclusione: "Due principi appaiono tuttavia interessanti e vanno considerati come utili spunti per la costruzione di istituti giuridici futuri, nonostante la diversità del mondo sociale da cui si originano: il principio della fiducia fra amministratori ed amministrati e

Questo scoraggia sia la via conciliativa, come d'altronde dimostra la scarsa rilevanza nei fatti anche della conciliazione giudiziale prevista nel codice di procedura (artt. 183, 185, 322 e 420), nonostante i tentativi di rivitalizzazione, anche attraverso il rafforzamento del ruolo della prima udienza, sia la semplificazione e informalità nelle relazioni giuridiche<sup>41</sup>.

4. A questo punto bisogna solo chiedersi se la categoria dei metodi alternativi di tutela, con l'acceso dibattito che l'accompagna, abbia

---

quello della importanza della reputazione nel garantire la buona amministrazione (principio che spiega l'istituto svedese dell'ombudsman).

Ferma restando la diversa idea del potere (verticale da noi; orizzontale in quella società), fiducia e reputazione possono essere ben considerati tratti mutuabili in qualsiasi sistema (ove si presentano in gradazioni diverse).

La fiducia rende fluidi i rapporti, riduce il contenzioso, conduce ad un'amministrazione progressivamente sempre più trasparente e basata sull'accountability, la reputazione evita il ricorso alla sanzione penale che va intesa sempre come extrema ratio.

Questi principi sono essenziali per costruire uno Stato basato su principi solidaristici ed escludere, per quanto possibile, quali che siano le ulteriori caratteristiche del diritto amministrativo, che si ingrossino, nella crisi fiscale che connota il presente, le fila delle vittime della esclusione prodotta dai meccanismi implacabili della società dei consumi.

Si può ipotizzare che la società del sospetto, forse, rischi di lasciare indietro più gente sfortunata di quanta ne possa soccorrere una società basata sul modello della fiducia, della cooperazione e del mutuo soccorso. Forse è necessario far fuoriuscire la fiducia dal recinto della famiglia come gruppo sociale nel quale siamo abituati a confinarla.

Un legislatore amministrativo accorto misuriamolo anche dalla capacità di costruire regole che aumentino il grado di fiducia circolante nella società fra amministratori ed amministrati".

<sup>41</sup> Per quanto l'apporto non sia dotato di dignità scientifica, ma frutto semplicemente della mia personale esperienza presso il *Verwaltungsgericht* di Gottinga, maturata in occasione di uno scambio organizzato dalla rete *EJTN*, vorrei segnalare che in Germania, ad esempio, l'attività istruttoria viene effettuata essenzialmente tramite dirette richieste per via telefonica, formulate dal magistrato assegnatario del fascicolo alle parti. Queste pratiche sono sicuramente non importabili; e tuttavia potrebbe raggiungere un analogo risultato, a legislazione invariata, un'assegnazione immediata del fascicolo al giudice relatore, attraverso la fissazione anticipata dell'udienza, accompagnata dalla delega allo svolgimento dell'attività istruttorie. Ciò presenterebbe qualche utilità per i ricorsi non urgenti ma connotati da una certa complessità (e.g., in materia di pianificazione urbanistica).

un'effettiva rilevanza in relazione al tema di questo incontro che s'incentra sul processo amministrativo e sul suo codice.

I dubbi sono poi rafforzati dalla constatazione della difficoltà di operare nella pubblica amministrazione con strumenti di tipo transattivo<sup>42 43</sup>, i cui margini di utilizzabilità si riducono in uno spazio ridotto segnato da un lato dalla difficoltà d'individuare diritti veramente e assolutamente disponibili e dall'altro dal regime di responsabilità dei dipendenti pubblici<sup>44</sup>.

Ancor meno incoraggiante è poi l'esperienza (nonostante la sua rilevanza e diffusione) del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie individuali relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

I modesti risultati conseguiti dal meccanismo di cui oggi agli articoli 65 e ss. del decreto legislativo n. 165/2001 non possono essere addebitati solamente a difetti nella formulazione delle norme<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> Si pensi, ad esempio, all'accordo bonario di cui all'articolo 31 *bis*, introdotto nella legge 11 febbraio 1994 n. 109 ad opera dell'articolo 9 del decreto legge 3 aprile 1995 n. 101, convertito nella legge 2 giugno 1995 n. 216, e infine recepito nel codice degli contratti pubblici (articolo 240 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163). L'uso inappropriato e distorto di tale meccanismo è stato oggetto di specifico approfondimento da parte dell'Autorità di vigilanza (deliberazione 30 maggio 2007 n. 5).

<sup>43</sup> Ugualmente è tendenzialmente escluso l'arbitrato irritale (ancor più se di equità). Sull'argomento: L. PENASA, *L'arbitrato irritale nelle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1277, spec. 1291.

<sup>44</sup> L'ammissibilità in generale dello strumento (ma il discorso potrebbe applicarsi in generale alle ADR) può fondarsi oggi sulla previsione dell'articolo 11 della legge 7 agosto 1990 n. 241, prendendo spunto anche dall'introduzione esplicita, con l'articolo 55, nella legge sul procedimento amministrativo tedesco del *Vergleichsvertrag*, ovvero del contratto (di diritto pubblico) di transazione, secondo la ricostruzione di G. GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.*, 2523, spec. 243; per un'analisi comparata delle ADR nei rapporti con la pubblica amministrazione: A. MASUCCI, *La <<mediazione>> in Francia, Germania e nel Regno unito. Valido rimedio alternativo alla sentenza nelle liti con la pubblica amministrazione?*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2000, 1353.

<sup>45</sup> D. F. G. TREBASTONI, *Tutela dei pubblici dipendenti e lacune normative*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, febbraio 2009, par. 3.2.

(soprattutto in relazione all'efficacia di titolo esecutivo del relativo verbale di conciliazione, che non sembra però suscettibile di ottemperanza)<sup>46</sup>. L'insuccesso invero discende anche da problemi organizzativi riguardanti l'organo deputato alla conciliazione e delle difficoltà proprie di una conciliazione obbligatoria (aggravate dal fatto che la parte più forte, l'amministrazione, potrebbe non avere alcun interesse a definire prontamente la controversia), in cui la mole dei procedimenti comporta il rischio che non vengano debitamente trattati proprio quei (pochi) casi in cui esiste la volontà di accomodamento<sup>47</sup>. Non si può però ignorare che l'inadeguatezza della conciliazione del lavoro pubblico è solo uno dei tanti riflessi delle ambiguità che hanno connotato la cosiddetta "privatizzazione" del pubblico impiego<sup>48</sup>.

È allora inevitabile, anche in riferimento a questo argomento, tornare al *Leitmotiv* della tutela nei confronti dell'amministrazione, ovvero quello della specialità con cui finisce per doversi confrontare non solo la definizione delle controversie dinanzi al giudice amministrativo, ma anche la risoluzione extragiudiziaria.

---

<sup>46</sup> Elementi più specifici sono presenti nel decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, all'articolo 12 ("Efficacia esecutiva ed esecuzione"): "1. Il verbale di accordo, il cui contenuto non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, è omologato, su istanza di parte e previo accertamento anche della regolarità formale, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo. Nelle controversie transfrontaliere di cui all'articolo 2 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, il verbale è omologato dal presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione. 2. Il verbale di cui al comma 1 costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale".

<sup>47</sup> M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche*, cit.,

<sup>48</sup> Ambiguità evidenziate, con osservazioni critiche non smentite tuttora dai fatti, dal parere del Consiglio di Stato, Ad. gen., 31 agosto 1992, n. 146; non è inutile ricordare che nell'ordinamento dell'Unione europea, che tanto spesso viene invocato, l'organo giurisdizionale adibito al contenzioso del pubblico impiego si chiama "Tribunale della funzione pubblica".

Il pensiero non può che correre ai ricorsi amministrativi che hanno costituito la prima forma di tutela in Italia nei confronti dell'amministrazione in riferimento agli "affari non compresi", ovvero non riguardanti un "diritto civile o politico", in base agli articoli 2 e 3 dell'allegato E alla legge 10 marzo 1865 n. 2248.

Non è il caso di rammentare le ragioni del fallimento di quest'esperienza (nonostante il tentativo di modernizzazione ancora effettuato con il d.p.r. 24 novembre 1971 n. 1199), collegate tutte a un'incapacità delle amministrazioni di svolgere la funzione giustiziale, sia per carenze organizzative sia per un atteggiamento di parzialità che ha raramente consentito di esaminare i motivi di contestazione prendendo le distanze dall'interesse pubblico specifico<sup>49</sup>. Neppure è il caso di ripercorrere le tappe della trasformazione dell'amministrazione pubblica che hanno fatto perdere il senso sostanziale del più diffuso di questi ricorsi, quello gerarchico.

È vero che, di alcuni di questi strumenti (come il ricorso gerarchico improprio), è stato sempre sottolineato il valore<sup>50</sup>, in considerazione anche dell'estremo tecnicismo delle questioni spesso coinvolte nelle controversie<sup>51 52</sup>.

---

<sup>49</sup> In realtà l'abbandono dei ricorsi amministrativi in favore della (sola) tutela giurisdizionale è un fenomeno che si è verificato anche in paesi in cui l'amministrazione ha dato migliore prova di sé; in Germania, dove l'esaurimento dei mezzi amministrativi (*Widerspruch*) condiziona l'accesso all'azione di annullamento, a norma dell'articolo 65 del VwGO (*Verwaltungsgerichtsordnung*), si è assistita alla soppressione (perlomeno parziale) di tale obbligo per l'intervento di leggi dei singoli *Länder* - per esempio nella Bassa Sassonia con l'articolo 8a della ACVwGO (*Ausführungsgesetz zur Verwaltungsgerichtsordnung*)-, che ha condotto al proliferare dinanzi ai *Verwaltungsgerichte* di un contenzioso bagatellare.

<sup>50</sup> Ne ha fatto cenno anche il Presidente de Lise nella presentazione di questo corso.

<sup>51</sup> Non mancano anche nella legislazione più recente previsioni di ricorsi gerarchici impropri (art. 16 del del decreto legislativo n. 42/2004- "1. Avverso il provvedimento conclusivo della verifica di cui all'articolo 12 o la dichiarazione di cui all'articolo 13 [d'interesse culturale] è ammesso ricorso al Ministero, per

In realtà, la soluzione dei conflitti nei settori connotati da forte tecnicismo sembra aver trovato una soluzione diversa nell'ambito delle autorità indipendenti, che pur nella diversità dei modelli, presentano di frequente accanto ai poteri regolatori, di amministrazione attiva e sanzionatori, anche forme "quasi-giudiziali"<sup>53</sup> di risoluzione delle controversie attraverso meccanismi sia

---

motivi di legittimità e di merito, entro trenta giorni dalla notifica della dichiarazione.

2. La proposizione del ricorso comporta la sospensione degli effetti del provvedimento impugnato. Rimane ferma l'applicazione, in via cautelare, delle disposizioni previste dal Capo II, dalla sezione I del Capo III e dalla sezione I del Capo IV del presente Titolo.

3. Il Ministero, sentito il competente organo consultivo, decide sul ricorso entro il termine di novanta giorni dalla presentazione dello stesso.

4. Il Ministero, qualora accolga il ricorso, annulla o riforma l'atto impugnato"). Tali previsioni s'inseriscono d'altronde nel solco delle conclusioni della commissione di studio su *La giustizia nell'amministrazione*, nominata nel 1993 dall'allora ministro della funzione pubblica, Sabino Cassese; nello stesso senso S. DE FELICE, *Le A.D.R. (alternative dispute resolution) nei confronti della pubblica amministrazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ottobre 2004, par. 1, che evidenzia altresì il basso costo e la funzionalità del mezzo ("Oltre che allo scopo deflattivo, i ricorsi amministrativi, ma allo stesso modo la risoluzione di conflitti ad opera delle autorità indipendenti, rispondono all'acronimo di ADR, questa volta inteso come "*appropriate dispute resolution*", nel senso di appropriatezza dell'organo decidente su specifiche questioni tecniche, pertanto avvalorando la complementarità del rimedio in luogo dell'alternatività").

<sup>52</sup> È dubbia oggi la riconducibilità dei ricorsi straordinari ai mezzi "alternativi" (pur rimanendo intatta la loro funzione d'integrazione e di promozione della tutela), per lo meno nella loro effettiva capacità di deflazione del contenzioso, dopo la "giurisdizionalizzazione" del relativo parere, ad opera dell'articolo 69 della legge 18 giugno 2009 n. 69. Ciò ha portato le Sezioni unite della Cassazione ad ammettere che la decisione in sede straordinaria sia suscettibile di ottemperanza (sentenza 28 gennaio 2011 n. 2065), superando il precedente orientamento (per tutte, sentenza 18 dicembre 2001 n. 15978), e a porre invece in dottrina la questione della compatibilità con l'articolo 125 della Costituzione (a tali conclusioni sembra condurre il ragionamento di F. CARINGELLA, *Ricorsi amministrativi*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., 1413, spec. 1447-1448).

<sup>53</sup> E. L. CAMILLI, M. CLARICH, *Poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, in *Astrid- Riforma delle Autorità indipendenti*, 2009, con un'ampia panoramica sui procedimenti; sottolinea il rapporto sinergico tra le varie funzioni F. CINTIOLI, *Le tecniche di Alternative Dispute Resolution*, in *www.giustamm.it*, pubblicato il 23.9.2009, per il quale (pag. 6) "Ne segue che l'attività di risoluzione del conflitto ha una duplice funzione: da un lato, si mostra effettivamente giustiziale e volta alla risoluzione in via "semicontenziosa" del conflitto; dall'altro, appare come

facilitativi sia di tipo arbitrale in cui alla rafforzata neutralità e competenza tecnica del soggetto, indipendente dal potere politico<sup>54</sup>, si accompagna la garanzia del contraddittorio<sup>55</sup>.

Proprio nell'ambito delle autorità indipendenti (in particolare dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici) ha visto la luce un

---

parte integrante della funzione di regolazione, in quanto concorre a delineare il quadro regolatorio ed a rendere viva l'attività di vigilanza. Il momento in cui viene dettata la regola risolutiva del concreto conflitto è anche quello in cui una certa regola di corretto funzionamento del mercato viene forgiata o assestata o quantomeno meglio definita. Il procedimento diventa un modo indiretto e occasionale per tutelare gli interessi generali alla cui cura la vigilanza è preposta e l'utente assume quasi il ruolo di collaboratore indiretto e involontario all'esercizio di tale attività. E' in questo senso che le ADR possono anche svolgere una funzione di tipo regolatorio (*Regulation by Litigation*)". In una diversa prospettiva in ordine al cumulo di competenze: R. CHIEPPA, *Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in G.P. CIRILLO e R. CHIEPPA (a cura di), in *Le Autorità amministrative indipendenti* (XVI volume del *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. SANTANIELLO), Padova, 2010, 63, spec. 75.

<sup>54</sup> P. DE LISE, *Le Autorità amministrative indipendenti* (Audizione dinanzi alla Commissione Affari costituzionali della Camera dei Deputati), [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), pubblicato il 14 aprile 2011, par. 3, che rimarca la giustiziabilità degli atti di tali organismi (par. 7), il cui sindacato, dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, è affidata alla giurisdizione (esclusiva e di merito, per le sanzioni pecuniarie, ex artt. 133, lett. l), e 134, lett. c); G. P. CIRILLO, *Le Autorità amministrative indipendenti tra ordinamento generale e ordinamenti settoriali*, in G.P. CIRILLO e R. CHIEPPA (a cura di), in *Le Autorità amministrative indipendenti*, cit., 31, spec. 37.

<sup>55</sup> Tale attività viene qualificata di amministrazione giustiziale da E. L. CAMILLI, M. CLARICH, *Poteri quasi-giudiziali*, cit., 18, che concludono: "L'amministrazione giustiziale, che tende a conciliare l'esigenza del perseguimento di interessi pubblici nel caso concreto con quello della piena tutela delle situazioni giuridiche coinvolte, ha una lunga tradizione nel diritto amministrativo in alcuni ordinamenti, come quello austriaco, tra i primi a dotarsi all'inizio del secolo scorso di una normativa sul procedimento particolarmente garantistica. Nel nostro ordinamento, invece, una tradizione amministrativa con venature stataliste e autoritarie ha sbarrato a lungo la strada a una simile concezione. Solo la legge 7 agosto 1990, n. 241 ha introdotto, in modo forse ancora timido, alcuni istituti volti a garantire una tutela endoprocedimentale più piena dei soggetti amministrati. Con le autorità indipendenti il modello dell'amministrazione giustiziale ha trovato pieno ingresso, pur con le imperfezioni segnalate, nel nostro ordinamento.

Il quesito più generale e se questa esperienza, magari dopo un periodo di affinamento e di sperimentazione, per ora limitata al settore delle autorità indipendenti, potrà essere estesa più in generale ad altri tipi di rapporti tra privato e pubblica amministrazione".

rilevante tentativo d'introdurre forme di precontenzioso. In realtà il progetto originario si presentava più ambizioso<sup>56</sup>, ma la proposta iniziale (d'istituire un sistema preliminare di composizione delle controversie su base volontaria) non è stata poi recepita nel definitivo progetto poi trasfuso nel decreto legislativo n. 53/2010 (il Consiglio di Stato, infatti, in sede consultiva<sup>57</sup>, aveva espresso parere negativo sulla previsione, perché essa non trovava corrispondenza nella legge di delega)<sup>58</sup>.

Il codice degli appalti ha comunque affidato all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici il potere di pronunciare un parere non vincolante, relativamente a questioni insorte durante la gara, proponendo altresì una soluzione (articolo 6, comma settimo, lett. n)<sup>59</sup>. L'Autorità, con il regolamento del 10 gennaio 2008, ha poi ampliato la legittimazione rispetto alla previsione legislativa,

---

<sup>56</sup> L'Autorità avrebbe potuto infatti svolgere "su iniziativa delle parti, attività di composizione delle controversie insorte tra stazioni appaltanti ed operatori economici durante le procedure di gara, in tempi ristretti e comunque non superiori a venti giorni".

<sup>57</sup> Adunanza generale, 6 febbraio 2006 n. 355.

<sup>58</sup> Secondo A. BOTTO, *Il Pre-Contenzioso in sede di gara*, in *www.giustamm.it*, n. 2-2006, "In sostanza, lo strumento in esame, lungi dal potersi configurare come procedura alternativa in senso tecnico rispetto alla lite giudiziaria (o arbitrale), dovrebbe fornire una mera opportunità ulteriore alle parti coinvolte nella controversia e svolgere una mera funzione deflattiva rispetto alla domanda giudiziale, basandosi sulla indipendenza e sull'autorevolezza del soggetto individuato a rendere la pronuncia (di natura consultiva)" (spec. 3). L'A. riconduce la decisione dell'Autorità all'attestazione prevista dagli artt. 3 e segg. della direttiva 92/13 del 25 febbraio 1992 ("gli enti aggiudicatori possono fare esaminare periodicamente le procedure di appalto rientranti nel campo di applicazione della direttiva 90/531/CEE, nonché la relativa attuazione pratica, ai fini di ottenere un attestato che constati la conformità delle medesime, in quel determinato momento, al diritto comunitario in materia di appalto e alle norme nazionali che recepiscono tale diritto"). Il meccanismo è peraltro oggettivamente accostabile a quello utilizzato in Francia dal *Comité consultatif de règlement amiable*, previsto dall'art. 127 del *Code des marchés publics* (in cui sono comunque presenti anche magistrati amministrativi).

<sup>59</sup> L. GIAMPAOLINO, *Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in G.P. CIRILLO e R. CHIEPPA (a cura di), in *Le Autorità amministrative indipendenti*, cit., 605, spec. 629.

estendendola anche a "soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati".

È vero che l'attività consultiva non è vincolante: non bisogna però sottovalutare la sua particolare portata persuasiva sulla successiva attività amministrativa della stazione appaltante. Quest'ultima, infatti, se dovesse discostarsi, dovrebbe giustificare il modo congruo il mancato rispetto del parere dell'Autorità nel proseguimento della procedura. Viene in luce, in particolare, il fattore reputazionale, discendente dalle caratteristiche dell'Autorità, dotata di particolare qualificazione tecnica in materia. In definitiva, viene scoraggiato il ricorso al giudice per la soluzione della controversia sia nel caso che l'avviso sia stato favorevole alle ragioni del privato (che in questo caso potrebbe dedurre in sede giurisdizionale delle censure già testate dall'Autorità indipendente) sia nell'opposta ipotesi, perché l'impresa potrebbe valutare l'inutilità di sottoporre al giudice motivi che non hanno superato il vaglio della AVCP.

È da notare peraltro che, anche su questo tema, l'Unione europea si è poi mossa in direzione diversa da quella che il progetto del codice dei contratti pubblici intendeva prendere (seguendo peraltro precedenti indicazioni contenute nelle varie direttive sugli appalti). Un anno dopo il decreto legislativo n. 63/2006, l'Unione, infatti, mostrandosi scettica e delusa rispetto alle modalità più innovative di composizione (o di prevenzione) delle controversie, le ha eliminate dalla direttiva 11 dicembre 2007 2007/66/CE. Ha infatti osservato nei "considerando" 29 e 30: "Il sistema volontario di attestazione stabilito dalla direttiva 92/13/CEE, che permette agli enti aggiudicatori di far constatare la conformità delle loro procedure d'aggiudicazione degli appalti in occasione di esami periodici, è rimasto praticamente inutilizzato. Esso

non può dunque realizzare l'obiettivo di prevenire un numero considerevole di violazioni del diritto comunitario degli appalti pubblici. D'altro canto, l'obbligo di garantire la disponibilità permanente di organismi accreditati a tal fine, imposto agli Stati membri dalla direttiva 92/13/CEE, può comportare costi amministrativi di gestione che non sono più giustificati vista l'assenza di domanda reale da parte degli enti aggiudicatori. Per tali motivi è opportuno abolire questo sistema di attestazione".

"Analogamente, il meccanismo di conciliazione di cui alla direttiva 92/13/CEE non ha suscitato un reale interesse da parte degli operatori economici. Ciò è dovuto non solo al fatto che non permette di per se stesso di ottenere provvedimenti provvisori vincolanti tali da impedire tempestivamente la conclusione illegittima di un contratto, ma anche alla sua natura difficilmente compatibile con il rispetto dei termini particolarmente brevi dei ricorsi diretti ad ottenere i provvedimenti provvisori e di annullamento delle decisioni illegittime. La potenziale efficacia del meccanismo di conciliazione è stata inoltre ulteriormente indebolita dalle difficoltà incontrate nella compilazione di un elenco completo e sufficientemente esteso di conciliatori indipendenti di ogni Stato membro, disponibili in qualsiasi momento e in grado di trattare le domande di conciliazione a brevissima scadenza. Per tali motivi è opportuno abolire questo meccanismo di conciliazione"<sup>60</sup>.

Lo spostamento dell'asse della decisione amministrativa verso le autorità indipendenti rappresenta probabilmente uno delle parziali

---

<sup>60</sup> Su tali procedure: M. P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2000, 1, spec. 17.

risposte dell'ordinamento<sup>61</sup> a fronte del tramonto delle tradizionali possibilità di una definizione extragiudiziaria delle contese amministrative attraverso i classici ricorsi amministrativi.

È noto che il loro declino è stato definitivamente sancito dalle decisioni dell'Adunanza plenaria nn. 16 e 17 del 1989, nelle quali al silenzio rigetto sono stati disconosciuti effetti sostanziali. Anche in quell'occasione il silenzio nelle sue varie declinazioni ha permesso di scardinare un sistema di tutela ormai inadeguato, per consentire al giudice amministrativo di offrire una risposta piena ed effettiva alla domanda di giustizia che gli veniva posta.

Questo importantissimo risultato però non può portarci a ignorare che quelle decisioni (le quali esprimevano un'accettazione rassegnata ai limiti sempre più evidenti dell'attività giustiziale, per mancanza di "una cultura civile dell'amministrazione"<sup>62</sup>) hanno rappresentato per gli apparati burocratici anche un comodo alibi e una fuga dalle responsabilità, essendo ormai esentati da ogni obbligo di dare riscontro alle richieste dei cittadini vertenti sulla legittimità e sul merito dell'azione amministrativa. Con la conseguenza che, spezzata questa linea di continuità tra giurisdizione e amministrazione, le

---

<sup>61</sup> Su questa evoluzione si esprime (criticamente) M. P. CHITI, *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli "altri"*, in *Astrid-Rassegna* n. 35/2006, 18 e 27.

<sup>62</sup> A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 426. Secondo l'A., nonostante questa situazione, non si può ignorare che una lettura aggiornata dell'articolo 100 della Costituzione, laddove configura il Consiglio di Stato come organo di tutela della giustizia nell'amministrazione, presupponga come necessaria la predisposizione a livello amministrativo di forme di tutela non giurisdizionali ma ugualmente realizzate da organi indipendenti. Alle stesse conclusioni, ma con riferimento all'articolo 24 Cost., era giunto P.L. PORTALURI, *L'amministrazione contenziosa*, in *AA.VV., Appunti sulla giustizia amministrativa*, Bari, 1986, 29, spec. 34.

censure di merito sono rimaste senza riscontro<sup>63</sup>, in un sistema in cui il soddisfacimento delle pretese dell'amministrato, ormai in un rapporto continuo e stabile con l'apparato pubblico, dovrebbe invece provenire fisiologicamente dall'azione amministrativa, correttamente esercitata<sup>64</sup>.

5. A questo punto non resta altro che tornare lì da dove eravamo partiti, cioè dal codice del processo amministrativo.

È chiaro che esso non poteva porsi il problema della risoluzione alternativa delle controversie, anche perché la delega riguardava solo il processo e non l'intero sistema della giustizia amministrativa, come tradizionalmente è stato inteso; però già nei primi commenti al codice è stata segnalata l'esigenza dell'introduzione di tali strumenti (che vengono significativamente collegati alle stesse linee evolutive dell'azione amministrativa e, in particolare, all'articolo 11 della legge 7 agosto 1990 n. 241)<sup>65</sup>. Tuttavia il codice assume comunque un significato ben preciso rispetto al dibattito perché, come è stato efficacemente sottolineato<sup>66</sup>, "pure in un contesto che conosce la presenza di norme sostanziali accanto a norme processuali, esprime al massimo grado proprio quell'esito che la legge di delegazione intendeva favorire, nell'intento di rendere più omogenee la tutela giurisdizionale amministrativa e quella civile: il distacco della *sostanza* dal *processo*, della situazione giuridica soggettiva dalla

---

<sup>63</sup> A. TRAVI, *Ricorso gerarchico*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1997, 403; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991, 41.

<sup>64</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979, III ed., 124.

<sup>65</sup> P. DE LISE, *Prefazione* ad A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 1, spec. par. 5.

<sup>66</sup> A. PAJNO, *Introduzione* al libro primo, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, cit., 43, spec. 49, rimarcando appunto che la codificazione segna la separazione tra *Anspruch* e *Klage*.

tutela processuale, e in ultima analisi quella postulazione dell'autonomia dell'azione rispetto alla situazione giuridica soggettiva che sembra porsi in obiettivo contrasto con la tradizione della giustizia amministrativa. Sotto questo profilo può forse affermarsi che quella realizzata con il d. lgs. n. 104/2010 è ancora un'opera di codificazione della giustizia amministrativa, e che tuttavia essa intende realizzare il superamento di questa (speciale) esperienza".

Il segno di questo superamento non si rintraccia solo nella soppressione, invero formale e simbolica, della formula finale "salvo gli ulteriori atti dell'amministrazione", di cui all'art. 26 della legge n. 1034/1971, e neppure nel vigoroso taglio dei casi di giurisdizione di merito, il cui esercizio rappresenta evidentemente una deviazione rispetto al modello di giurisdizione che la delega intendeva perseguire<sup>67</sup>; ma anche e soprattutto nella definitiva scomparsa della diffida che, già eliminata quale necessario presupposto per la formazione del silenzio-rifiuto impugnabile<sup>68</sup>, è soppressa anche in riferimento al giudizio di ottemperanza (art. 114). In definitiva, per un verso, non c'è più posto per quel momento di ultima riflessione che consenta all'amministrazione di ripensare la propria posizione e di esercitare il proprio potere amministrativo, attraverso il quale

---

<sup>67</sup> Per un diverso atteggiamento: G. CORAGGIO, *Merito amministrativo* (voce) in *Enc. dir.*, vol. XXVI, par. 8 e 10.

<sup>68</sup> Come noto, su tale onere ha inciso la legge n. 15/2005, la quale ha introdotto il comma 4-bis dell'art. 2 della legge n. 241/1990, divenuto "comma 8" del medesimo articolo in seguito alle ulteriori modifiche introdotte dal d.l. n. 35/2005, convertito con legge n. 80/2005, e dalla legge n. 69/2009. Oggi la norma così dispone: "Salvi i casi di silenzio assenso, decorsi i termini per la conclusione del procedimento, il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente, fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai commi 2 o 3 del presente articolo. Il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti".

fisiologicamente viene a soddisfarsi l'interesse legittimo, per l'altro, il giudice si occupa dell'azione, disinteressandosi della pretesa.

Anche rispetto alla chiarezza di questo disegno insito nel codice le norme comunitarie introducono, ancora una volta<sup>69</sup>, elementi di distonia.

Da un lato, tali disposizioni sembrano incoraggiare una soluzione extragiudiziaria che passi attraverso un'assunzione di responsabilità da parte della stazione appaltante, sollecitata ad agire in autotutela ovvero a decidere un ricorso amministrativo (articolo 2, commi quarto e quinto, della direttiva 2007/66/CE)<sup>70</sup>.

Dall'altro, né la prima direttiva ricorsi (89/665/CEE)<sup>71</sup> né la seconda hanno mai preteso che l'organo decidente fosse necessariamente un'autorità giudiziaria (secondo l'ordinamento interno<sup>72</sup>).

---

<sup>69</sup> Con riferimento alla direttiva ricorsi 2007/66/CE, oltre alla questione accennata alla nota 3, occorre ricordare che il potere di condannare a sanzioni sostitutive è stato inserito tra le ipotesi di giurisdizione di merito nel progetto del primo correttivo al codice.

<sup>70</sup> "4. Gli Stati membri possono esigere che il soggetto che desidera avvalersi di una procedura di ricorso abbia informato l'amministrazione aggiudicatrice della presunta violazione e della propria intenzione di proporre un ricorso, a condizione che ciò non influisca sul termine sospensivo a norma dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, o su qualsiasi altro termine per la proposizione di un ricorso a norma dell'articolo 2 quater.

5. Gli Stati membri possono esigere che il soggetto interessato proponga in primo luogo un ricorso presso l'amministrazione aggiudicatrice. In questo caso gli Stati membri provvedono affinché la proposizione del suddetto ricorso comporti la sospensione immediata della possibilità di concludere il contratto". E in effetti il legislatore italiano ha recepito la prima indicazione nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53, che con l'articolo 6 disciplina la "Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale".

<sup>71</sup> A norma dell'articolo 2: "8. Se gli organi responsabili delle procedure di ricorso non sono organi giudiziari, le loro decisioni devono essere sempre motivate per iscritto. In questo caso inoltre devono essere adottate disposizioni mediante cui ogni misura presunta illegittima presa dall'organo di base competente oppure ogni presunta infrazione nell'esercizio dei poteri che gli sono conferiti possa essere oggetto di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell'articolo 177 del trattato e che sia indipendente dalle autorità aggiudicatrici e dall'organo di base.

L'Unione europea si è solo premurata di rafforzare le garanzie nel contenzioso sugli appalti nella seconda direttiva, dove ha imposto che la decisione dell'autorità (genericamente terza) sia pur sempre suscettibile di sottoposizione al vaglio del giudice<sup>73 74</sup>.

Di fronte a queste sollecitazioni dovrebbe allora chiedersi in che modo il codice abbia modificato il rapporto giurisdizione-amministrazione.

---

La nomina dei membri di tale organo indipendente e la cessazione del loro mandato sono soggetti a condizioni uguali a quelle applicabili ai giudici, per quanto concerne l'autorità responsabile della nomina, la durata del loro mandato e la loro revocabilità. Per lo meno il presidente di tale organo indipendente deve avere le stesse qualifiche giuridiche e professionali di un giudice. L'organo indipendente prende le proprie decisioni all'esito di una procedura in contraddittorio e tali decisioni producono, tramite i mezzi determinati da ciascuno Stato membro, effetti giuridici vincolanti".

<sup>72</sup> Diversa è la nozione di "giurisdizione nazionale" (elaborata ai fini dell'individuazione delle autorità legittimate a rimettere in via pregiudiziale alla Corte di giustizia) che è comunitaria e va quindi desunta esclusivamente dalle norme di quell'ordinamento (su questo argomento anche il mio *Standard europei d'imparzialità*, cit., 3). Tale nozione dev'essere letta nel suo contesto, tenendo conto che è stata piegata alla finalità (considerata prevalente dal Giudice europeo) di assicurare alla Corte di giustizia l'esercizio delle funzioni accentrate di nomofiliachia e di controllo sulla legittimità degli atti comunitari rispetto al Trattato nella misura più ampia possibile.

<sup>73</sup> In base all'articolo 2 della Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del giorno 11 dicembre 2007: "9. Se gli organi responsabili delle procedure di ricorso non sono organi giudiziari, le loro decisioni sono sempre motivate per iscritto. In questo caso inoltre devono essere adottate disposizioni mediante cui ogni misura presunta illegittima presa dall'organo di ricorso competente oppure ogni presunta infrazione nell'esercizio dei poteri che gli sono conferiti possa essere oggetto di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell'articolo 234 del trattato e che sia indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice e dall'organo di ricorso. La nomina dei membri di tale organo indipendente e la cessazione del loro mandato sono soggetti a condizioni uguali a quelle applicabili ai giudici, per quanto concerne l'autorità responsabile della nomina, la durata del loro mandato e la loro revocabilità. Per lo meno il presidente di tale organo indipendente deve avere le stesse qualifiche giuridiche e professionali di un giudice. L'organo indipendente prende le proprie decisioni previa procedura in contraddittorio e tali decisioni producono, tramite i mezzi determinati da ciascuno Stato membro, effetti giuridici vincolanti".

<sup>74</sup> È questo il risultato di una prolungata contrapposizione tra la Commissione e la Germania, che aveva affidato questi ricorsi ad un organo ritenuto non indipendente; la vicenda è ricostruita da U. JASPER, F. MARX, *Vergaberecht (Einführung)*, Monaco, 2010, IX.

Come ha osservato il Presidente del Consiglio di Stato<sup>75</sup>, “nella condizione in cui versa la pubblica amministrazione italiana, soprattutto dal punto di vista culturale – con la scarsa diffusione della cultura dei risultati, l’ossequio rigido delle forme, la tendenza a rifugiarsi troppo spesso nel porto tranquillo del non agire – al giudice amministrativo finiscono per essere addossati compiti che, in linea di principio, non gli spetterebbero, ma che egli – se si vogliono realmente tutelare le situazioni giuridiche soggettive dei cittadini, delle imprese, delle stesse pubbliche amministrazioni che a lui si rivolgono – non può non assolvere”.

Credo però che, al momento attuale, proprio l’affermazione della posizione di terzietà e la sua riaffermata dignità quale giudice ordinario dell’amministrazione debba indurre a un atteggiamento diverso nei confronti della medesima, rispetto al passato in cui l’intento di rafforzare la tutela del privato ha anche condotto il giudice amministrativo ad offrire all’apparato pubblico le stampelle che potessero sostenere il suo incedere zoppicante, soprattutto nei momenti d’inadempiente inerzia.

La terzietà peraltro non può però essere neppure scambiata per una sorta di sdegnosa asetticità<sup>76</sup>, nel senso che, se l’interesse legittimo è

---

<sup>75</sup> P. DE LISE, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), maggio 2009.

<sup>76</sup> Percorsi di conciliazione all’interno del processo amministrativo sono d’altronde presenti sia in Francia, con la *mediation judiciaire*, disciplinata con legge n. 95-125 dell’8 febbraio 1995 e con il suo decreto di applicazione n. 96-652 del 22 luglio 1996, sia in Germania. Nell’articolo 87 del VwGO è sinteticamente previsto il potere del giudice, su istanza delle parti o d’ufficio, d’instaurare una procedura di mediazione, in specie invitando le parti a dibattere dei fatti della causa e della controversia al fine di raggiungere una composizione amichevole (*gütliche Beilegung*) della lite o una transazione (*Vergleich*). Inoltre sono stati avviati nei vari *Länder*, a partire dall’Assia, una serie di *Pilotprojekte* per introdurre una mediazione para-giudiziaria, cioè gestita da giudici appositamente formati. Le iniziative, che hanno ottenuto un certo successo, non si fondano tuttora su una certa base normativa, anche se la dottrina (nell’ambito di un ampio dibattito su

quella posizione che «dialoga con il potere»<sup>77</sup>, la tutela che l'ordinamento offre non può prescindere completamente dal tentativo d'instaurare, incoraggiare e guidare questo dialogo, prima ancora di correggerlo o addirittura di sostituirlo con una decisione giurisdizionale. Il tentativo invece di trovare risposte di fronte alle esigenze di deflazionare il contenzioso e di giungere tempestivamente a una decisione (soprattutto quando ciò lo richieda la cura del particolare interesse pubblico perseguito) esclusivamente con accorgimenti tutti legati al processo<sup>78</sup> rischia di non raggiungere il proprio scopo in un sistema in cui la domanda di giustizia non trova alcun filtro ed è destinata a riversarsi integralmente sulle forme giudiziarie, mentre la risposta non può che misurarsi con le risorse (*naturaliter* scarse) di mezzi e di uomini a disposizione. L'opzione "processualistica" rischia, ancor più gravemente, di offrire una tutela meramente illusoria, una volta che le statuizioni del giudice (per quanto pertinenti, eleganti ed esaustive) finiscono inevitabilmente per essere risucchiate nel flusso continuo di un'azione amministrativa

---

cui W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, Heidelberg, 2009, XII ed., 3) riconosce che la mediazione risponde alla logica di un'amministrazione non più autoritativa, pur dubitando altresì della sua compatibilità con l'articolo 19 della Costituzione federale (di recente: M. RONELLENFITSCH, *Entstaatlichung des Rechtsschutzes?*, in *DÖV*, 2010, n. 9, 373, spec. 378). D'altronde, per quanto possa attestare la mia personale esperienza, tratta dal periodo di *exchange* presso il *Verwaltungsgericht* di Gottinga, la maggior parte dei ricorsi proposti non viene deciso nel merito perché le amministrazioni si mostrano generalmente disponibili a ritirare o almeno a correggere parzialmente i propri atti in presenza di contestazioni non pretestuose.

<sup>77</sup> Secondo l'ormai classica espressione di F. G. SCOCA, *Interessi protetti* (voce), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVII, 9.

<sup>78</sup> Per esempio, "con forme di ampliamento dell'organico, col rafforzamento delle sedi regionali o delle sezioni staccate dei T.A.R., con l'aumento del personale delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato a scapito di quelle consultive e, a livello di lavori preparatori, con formule come quella del giudice monocratico o come quella del cancelliere-assistente del giudice" (F. CINTIOLI, *Le tecniche di Alternative Dispute Resolution*, cit., 25), oltre che con l'introduzione di termini processuali assai stringenti e di poteri d'ufficio che accelerino le procedure in alcune materie.

costantemente e sistematicamente inadeguata, perché proveniente da un apparato inefficiente e deresponsabilizzato.

In definitiva è forse arrivato il momento di pretendere che le prospettive dell'amministrazione paritaria, della procedimentalizzazione della funzione, del giusto procedimento, dell'interesse legittimo come situazione giuridica sostanziale, dell'amministrazione di risultato, della managerialità della dirigenza pubblica divengano una realtà percepibile quotidianamente dai cittadini, non più costretti ad adire la via giudiziaria anche per pretese minimali nei confronti della pubblica amministrazione o, in alternativa, a rinunciare a qualsiasi speranza di ottenere i servizi e le prestazioni che spettano loro.