

MAURO GIOVANNELLI

I NODI IRRISOLTI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Lo stato attuale della giustizia amministrativa. La tutela della giustizia nell'amministrazione e le possibili prospettive dell'estendersi della giurisdizione esclusiva. — 3. Il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione. — 4. La tutela cautelare nel processo amministrativo. — 5. Il risarcimento del danno nel processo amministrativo. — 6. Risarcimento del danno e pregiudizialità del giudizio di annullamento. — 7. Aggiudicazione dell'appalto e contratto successivamente stipulato. — 8. Istruttoria e sistema delle prove nel processo amministrativo.

1. Il tema della giustizia amministrativa, forse in maggior misura della giustizia civile o di quella penale, manifesta la sua evoluzione più sotto la spinta della giurisprudenza pretoria, che delle riforme legislative, che pure — specialmente negli ultimi anni — hanno avuto un rilievo notevole.

Così questo processo di aggiustamento graduale, se ha aperto prospettive, ha comunque generato nuovi problemi e tuttora, proprio in questa fase storica, i nodi irrisolti non sono né pochi, né di scarsa portata.

Questo saggio si propone di esaminare quelli che ci sembrano i più rilevanti.

2. La giurisdizione amministrativa trova il suo definitivo aggiustamento nella Costituzione del 1948 (artt. 100, 103, 113), che attribuisce compiutamente alla stessa natura giurisdizionale, rimarcando in modo significativo, nella prima delle tre norme che assegna al Consiglio di Stato la « tutela della giustizia nell'amministrazione », il concetto di Spaventa ⁽¹⁾, secondo cui l'area della funzione pubblica è quella che delimita l'area della giustizia amministrativa.

Prima il dibattito era aperto e per quanto la questione fosse stata

⁽¹⁾ SPAVENTA S., *Codice della giustizia amministrativa*, Firenze, 1892, Introduzione.

risolta in senso positivo dalla legge n. 62 del 1907, che assegnò alle decisioni del Consiglio di Stato natura giurisdizionale, sia pure — come alcuni sostenevano — di diritto obbiettivo⁽²⁾, perché tendente a verificare la legalità dell'azione amministrativa, non era mancato chi, come Giuseppe Chiovenda⁽³⁾, aveva concepito il contenzioso amministrativo come un « autocontrollo amministrativo, come un'amministrazione giudicante di fronte all'amministrazione attiva, come giurisdizione ritenuta »

La Costituzione, in definitiva, dopo le discussioni avvenute in sede d'assemblea costituente sulla giurisdizione unica o sulla pluralità delle giurisdizioni⁽⁴⁾, ha optato per la distinzione organizzativa tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa, senza tuttavia che ciò possa autorizzare una differenza di funzioni tra giudice ordinario e giudice amministrativo, che anzi l'attività di quest'ultimo si identifica sul piano formale con la funzione giurisdizionale.

Ciò nonostante, per quanto riguarda le controversie con la pubblica amministrazione, il sistema italiano è un sistema dualistico, perché presenta due ordini di giudici, quelli ordinari e quelli amministrativi, tra loro in posizione di uguaglianza e di pari dignità e tra i quali è divisa la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione: se è fatto valere un diritto soggettivo è competente il giudice ordinario, se è fatto valere un interesse legittimo è competente il giudice amministrativo⁽⁵⁾.

Prima delle più recenti riforme (in particolare quelle introdotte dalle legge n. 205/2000), la giurisdizione amministrativa si ripartiva in giurisdizione generale di legittimità, contrapposta a quelle speciali di giurisdizione di merito e di giurisdizione esclusiva.

La prima stava ad indicare la giurisdizione determinata sulla base della situazione soggettiva fatta valere in giudizio, che era di interesse legittimo e la cui tutela si manifestava essenzialmente con l'annullamento dell'atto impugnato.

Il giudizio di legittimità era costruito come giudizio impugnatorio, con esclusione della possibilità di una tutela di accertamento

⁽²⁾ ORLANDO V.E., *La giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, III, Milano 1907, p. 728. L'autore faceva, peraltro, notare che tale teoria proveniva dalla dottrina tedesca (Meyer G.). *Contra*, tuttavia, fin da allora: CAMMEO F., *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910.

⁽³⁾ CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, Milano, 1939.

⁽⁴⁾ Per un maggiore approfondimento sul punto, si veda: GIOVANNELLI M., *Unità della giurisdizione e pluralità dei poteri giustiziali*, in *Iustitia*, 4, 2002, p. 587 e ss.

⁽⁵⁾ Si veda in proposito: NICRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, pp. 65 e ss..

degli interessi legittimi e con la conseguenza che per lungo tempo si è ritenuta inammissibile la tutela risarcitoria delle situazioni soggettive di interesse legittimo, limitandosi il giudice a pronunciare l'annullamento dell'atto illegittimo, così esaurendo la soddisfazione della situazione lesa fatta valere.

È ovvio così che la giurisdizione generale di legittimità e, per le ipotesi ammesse anche quella di merito, in questo ultimo caso con poteri decisori che riguardano anche l'opportunità e la convenienza dell'azione amministrativa, è necessariamente caratterizzata dal sindacato sull'esercizio del potere amministrativo ⁽⁶⁾.

In questo caso, infatti, l'interesse legittimo fatto valere in giudizio si realizza attraverso la intermediazione della funzione amministrativa e quindi la sua tutela comporta, secondo l'espressione usata da Giannini ⁽⁷⁾, la « ponderazione » tra interessi pubblici ed interessi privati, che l'amministrazione ha operato ai fini della emanazione dell'atto.

Di contro la tutela dei diritti soggettivi pieni si esaurisce nel confronto tra l'interesse del soggetto che lo fa valere e il contenuto della norma che lo protegge e quindi si misura sulla base di un definito parametro normativo.

La giurisdizione esclusiva che, per effetto di più recenti interventi legislativi, ha assunto, anche dal punto di vista quantitativo, dimensioni prevalenti, non passa quindi necessariamente attraverso il sindacato sulla funzione amministrativa e sull'esercizio del potere discrezionale amministrativo, perché appunto il contenuto del diritto soggettivo è per intero determinato dalla legge.

Allora si spiega come divenga indispensabile, proprio ai fini della maggiore protezione dei soggetti coinvolti, assegnare alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in funzione della sua migliore specializzazione, quelle situazioni che coinvolgono promiscuamente diritti soggettivi ed interessi legittimi.

Rispetto al dato espresso, che rappresenta in qualche modo la situazione storicamente delineatasi intorno all'esercizio della giurisdizione amministrativa, che ha trovato il suo punto di equilibrio nel dettato costituzionale, aperto tuttavia a prospettive di sviluppo soprattutto secondo il contenuto della formula di « tutela della giustizia

⁽⁶⁾ Sul punto: CALANELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, pp. 86 e ss..

⁽⁷⁾ GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della p.a.*, Milano, 1939.

nell'amministrazione» (art. 100), l'evoluzione più recente sposta i termini del ragionamento ed induce ad ulteriori riflessioni.

In questo modo i nodi irrisolti diventano più complessi e diversi.

Abbiamo detto dell'estensione che ha assunto la giurisdizione esclusiva dopo le più recenti riforme, la quale sia pur frenata dall'intervento della Corte Costituzionale con l'ultima sentenza n. 204/2004⁽⁸⁾, rappresenta, a nostro avviso, una tendenza difficilmente inevitabile.

Se all'estensione promossa *ex lege*, secondo il principio dell'art. 103, 1° comma, della Costituzione, della giurisdizione esclusiva, si aggiunge il dato universalmente riconosciuto della recessione dell'istituto dell'interesse legittimo, non è difficile immaginare una vera e propria mutazione della figura del giudice amministrativo, nel senso di divenire sempre più il giudice della funzione amministrativa, piuttosto che il giudice delle situazioni soggettive qualificate come interesse legittimo, facendo così perdere di significato alla diversità della natura delle posizioni sulle quali si fondava il riparto tradizionale tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa.

A quanto detto si somma la tendenza dell'amministrazione a svolgere la funzione secondo regole di diritto privato fino a trasformarsi in soggetto che persegue i suoi obiettivi di interesse generale senza ricorrere a poteri autoritativi, ma valendosi sempre più dei mezzi e delle regole del diritto comune, e così, come si dice, in posizione di amministrazione paritetica rispetto al cittadino, il cui interesse viene con essa a confronto⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Corte Costituzionale, 6 luglio 2004, n. 204, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, pp. 2255 e ss.. Detta sentenza, infatti, partendo da un'interpretazione restrittiva dell'art. 103 comma primo, Cost., ha ridisegnato i confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, escludendo, in primo luogo, che questa possa sussistere per il solo fatto che una delle parti in causa sia la Pubblica Amministrazione e per il solo fatto che sia coinvolto nella controversia un pubblico interesse. Ad avviso della Consulta, dunque, allorché il legislatore voglia riservare una « particolare materia » alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, questi è tenuto comunque a considerare se in tale materia la pubblica amministrazione agisca esercitando un proprio potere autoritativo ovvero utilizzi strumenti negoziali sostitutivi, ma nell'ambito di quanto previsto dalla legge sul procedimento amministrativo. In applicazione di tale principio di carattere generale, pertanto, la sentenza citata ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 33 e 34 del D.Lgs. n. 80/1998 — relativi, rispettivamente, alla materia dei servizi pubblici e a quella urbanistica ed edilizia — provvedendo, in ambedue i casi, a definire la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo in termini qualificati dalla connessione con tipici provvedimenti amministrativi.

⁽⁹⁾ Tale tendenza risulta in evidente continuità con la posizione di chi riteneva che il sistema di giustizia amministrativa fosse prevalentemente orientato in favore dell'amministrazione e, conseguentemente, anelava la creazione di un diritto amministrativo paritario, sul postulato che l'ordine giuridico e la stessa sovranità dello Stato fossero il prodotto di una società di uomini liberi, all'interno della quale i diritti umani, intesi quali diritti universali,

Allora si pone il problema se il giudice amministrativo nelle controversie di sua spettanza, non più quale giudice dell'interesse legittimo, ma quale giudice della funzione amministrativa, continuerà ad assicurare al cittadino una tutela differenziata, pronunciando, a seconda dei casi, l'annullamento dell'atto sia pure accompagnato dalla tutela risarcitoria, oppure si comporti come il giudice ordinario e come tale eserciti tutto l'arco dei poteri cognitori e decisorio che a quest'ultimo fanno capo.

In questo secondo caso, che darebbe luogo ad una tutela uniforme, il giudice dovrebbe trattare ogni pretesa fatta valere in giudizio come diritto soggettivo e soddisfarla indipendentemente dal sindacato sul potere amministrativo, anche quando la situazione soggettiva assume rilievo attraverso l'esercizio discrezionale del potere amministrativo.

Questa prospettiva delineata evidentemente come ipotesi di possibile sblocco, darebbe luogo inevitabilmente a modificazioni profonde, anche dello stesso ruolo del giudice amministrativo.

Dovrebbe in primo luogo modificarsi il regime dei termini di impugnazione degli atti e delle relative decadenze, apparendo illogica e limitativa la preclusione a far valere le rilevate illegittimità, per giungere invece ad una disapplicazione degli stessi, come avviene di fronte al giudice ordinario, quando si fanno valere situazioni soggettive di diritto.

Certo è che il giudice amministrativo perderebbe ogni ruolo di giudice del sindacato del potere discrezionale dell'amministrazione per diventare il giudice che conosce delle situazioni soggettive con poteri cognitori pieni nell'ambito dello svolgimento della funzione amministrativa.

sono considerati intangibili, se non attraverso giusti procedimenti in cui siano validamente sottoposti a confronto. Sul punto, si veda, **BENVENUTI F.**, *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975; **BENTI G.**, *Unità e pluralità della giurisdizione secondo la proposta della Commissione Bicamerale e secondo la nuova giurisdizione amministrativa*, in *Diritto economia*, 1999, pp. 385-399; **GIOVANNELLI M.**, cit., p. 587 e ss. Siffatto orientamento è, infine, recentemente stato positivizzato nell'art. 1, comma 1 bis, della L. n. 241/1990, introdotto dalla L. n. 15/2005, ai sensi del quale « *la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge non disponga diversamente* ». Tale disposizione normativa, pertanto, ha l'effetto di elevare il diritto privato ad elemento paradigmatico dell'azione amministrativa ogniquale volta quest'ultima si esprima attraverso l'esercizio di poteri non autoritativi. Per un maggiore approfondimento sul punto, si veda: **CARINGELLA F.**, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005, pp. 2257 e ss.; **BRUNO E.** e **FUOCO G.**, *L'art. 1, comma, 1 bis, della L. n. 241/1990, Alla ricerca delle proprietà alchemiche del diritto privato*, in *www.lexitalia.it*, n. 6, 2005; **MASTRACOSTANTINO F.**, *La riforma del procedimento amministrativo e i contratti della P.A., (Considerazioni sull'art. 1, comma 1 bis della legge n. 241/1990 e ss.mm.)*, in *www.lexitalia.it*, n. 4, 2006.

MAURO GIOVANNELLI 3 | 2006

L'ipotesi prospettata ha fatto intravedere il rischio del ritorno all'epoca dei tribunali del contenzioso amministrativo degli Stati preunitari e contemporaneamente di una progressiva giurisdizionalizzazione della vita amministrativa.

Si potrebbe dire, nel quadro delineato, che lo stesso dettato costituzionale che affida al Consiglio di Stato la tutela della giustizia nell'amministrazione risulterebbe indebolito e tale da riproporre con maggiore forza il rischio ⁽¹⁰⁾ del ritorno alla unità della giurisdizione da noi superata con la riforma di Spaventa del 1889, avvalorata dallo sfumarsi dell'esercizio del potere autoritativo con la sostituzione di attività amministrativa paritetica, che prima della Costituente (e dopo) aveva trovato autorevoli sostenitori ⁽¹¹⁾.

Al di là, quindi, della tendenza ineludibile che già ora si riscontra nel giudice amministrativo a trattare in modo uniforme le situazioni a lui prospettate e ad assicurare un tipo di tutela parimenti uniforme anche nell'ipotesi di giurisdizione di legittimità, proprio perché le materie di giurisdizione esclusiva assorbono la maggior parte dell'azione amministrativa, il nodo gordiano di tutta la questione riguarda lo sbocco a cui è destinata la giurisdizione amministrativa condizionata evidentemente anche dall'evolversi della funzione am-

⁽¹⁰⁾ Condividiamo le preoccupazioni di molti, secondo cui il ritorno alla giurisdizione unica non determinerebbe un rafforzamento delle garanzie di libertà, bensì il potenziamento della giurisdizione come potere, la quale potrebbe diventare arbitrio della giustizia, più che dei processi e delle relative giurisdizioni, arbitrio in definitiva della tutela del cittadino nei confronti del potere politico. D'altra parte, lo stesso Aldo Maria Sandulli escludeva un ritorno al sistema della giurisdizione unica, asserendo che « *l'esperienza ha dimostrato che la devoluzione ... alla giurisdizione amministrativa ha rafforzato le difese dei particolari (specialmente per ciò che riguarda il sindacato dell'eccesso di potere)* ». In questa prospettiva, dunque, l'essenza della giurisdizione amministrativa deve essere ricercata proprio nell'esigenza di garantire un controllo *ab externo* dell'attività dell'amministrazione, il che avviene soprattutto attraverso la verifica, da parte del giudice, dell'eccesso di potere. Così, da ultimo: DE LISA P., *La giustizia amministrativa nel pensiero di Aldo M. Sandulli*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004.

⁽¹¹⁾ In sede di lavori dell'Assemblea Costituente, infatti, nell'ambito della Commissione dei 75 (Seconda Sottocommissione - Seconda Sezione), fu proposta da Piero Calamandrei la soppressione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale. Tale proposta, in particolare, partiva dal postulato che l'esercizio del potere giudiziario in materia civile, penale ed amministrativa dovesse appartenere esclusivamente al Giudice Ordinario e che di conseguenza andasse inserito nella Costituzione il principio dell'unità della giurisdizione, essendo esso inscindibile dall'altro relativo all'indipendenza della magistratura (« *se si vuole che i giudizi siano indipendenti, bisogna dare all'Amministrazione della giustizia una organizzazione che garantisca tale indipendenza* »). Nondimeno, l'idea del Calamandrei fu avversata da numerosi oppositori, che sottolinearono le caratteristiche di imparzialità e di indipendenza del Consiglio di Stato, di cui fu colta la qualità di giudice degli interessi legittimi e titolare di una giurisdizione parallela a quella ordinaria, cui erano invece affidati i diritti soggettivi. Per una puntuale ricostruzione storico-giuridica della fattispecie, si veda: IANNOTTA R., *La giurisdizione del Giudice Amministrativo*, Milano, 1985, pp. 53 e ss.; GIOVANNELLI M., cit., p. 551 e ss..

ministrativa e con evidenti ripercussioni sul versante dei principi espressi sul punto dalla Corte Costituzionale.

Si deve, comunque, avvertire che l'esperienza in essere non ha modificato la tecnica di garanzia apprestata nei giudizi ove il *petitum* principale è costituito dall'annullamento dell'atto, accolto, se la domanda risulterà fondata, attraverso l'indagine sulla legittimità dell'esercizio del potere discrezionale amministrativo, quale si manifesta nello svolgimento del procedimento.

Tuttavia — ed è l'annotazione finale sul punto — anche la giurisdizione di legittimità ha subito per effetto dell'entrata in vigore della legge 205 del 2000 alcune significative modificazioni, che si possono segnalare in queste essenziali: a) il superamento della concezione del giudizio amministrativo come giudizio sull'atto per assumere sempre più le caratteristiche di giudizio sul rapporto; b) l'allargamento dei mezzi istruttori ammessi in vista di una più marcata introduzione del fatto nel processo; c) l'ammissione della tutela risarcitoria anche in punto di lesione degli interessi legittimi.

Se si accantona ora il ruolo centrale sugli sviluppi, se non sulla sorte della giustizia amministrativa, non si può negare che la legge 21 luglio 2000 n. 205 (disposizioni in materia di giustizia amministrativa) ha aumentato gli strumenti di tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione e ha aperto un dibattito nuovo in dottrina ed in giurisprudenza su diversi istituti a volte tradizionali, altri di diretta introduzione, evidenziando anche problematiche tuttora lontane da trovare un'appagante soluzione.

Di alcune di esse intendiamo dare illustrazione.

3. Il primo tema riguarda la trattazione del ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, a cui la legge ha voluto dare una nuova configurazione attraverso l'introduzione dell'art. 21-*bis*, in aggiunta al testo dell'art. 21 della legge n. 1034 del 1971.

Il ricorso accelerato in Camera di Consiglio, con l'ordine dato dal giudice all'amministrazione di provvedere e con la successiva nomina di un commissario in caso di perdurante inadempimento, aveva posto il problema se il giudice doveva impartire all'amministrazione indicazioni di provvedere e di come essa avesse dovuto provvedere.

Di fronte alla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 9 gennaio 2002, n. 1, una parte considerevole della dottrina aveva ritenuto insoddisfacenti le risposte fornite, sulla considerazione che un processo amministrativo fondato sull'effettività della

tutela, richiamata dall'art. 24 della Costituzione, avrebbe dovuto, in caso di fondatezza della pretesa, condurre ad un provvedimento favorevole e quindi alla condanna dell'Amministrazione ad emanarlo.

Non era mancato, tuttavia, chi aveva ritenuto ineccepibile la pronuncia dell'Adunanza Plenaria sulla base del rilievo, rapportato al contenuto della norma e comunque a più generali considerazioni di distinzione delle funzioni, che « l'azione avverso il silenzio concerne le ipotesi di mancato compimento del circuito norma-effetto »⁽¹²⁾.

Tuttavia il nodo appare ora risolto dall'intervento del legislatore che, modificando l'art. 2 della legge 241/1990 (legge 11 febbraio 2005 n. 15 e D.L. 14 marzo 2005, convertito dalla legge 14 maggio 2005 n. 80), ha disposto espressamente che, in caso di ricorso contro il silenzio-inadempimento dell'Amministrazione, « il giudice può conoscere delle fondatezza dell'istanza ».

4. Più complesso è il tema della tutela cautelare nel processo amministrativo, a cui occorre dedicare una trattazione più ampia.

La tutela anticipatoria degli esiti positivi del giudizio di merito, con effetti conservativi del bene della vita, negato dal cattivo esercizio del potere amministrativo o conculcato dalla funzione amministrativa che si è svolta in violazione della legge, è sempre stato al centro del dibattito nel diritto processuale amministrativo.

A favore di una tutela cautelare ampia ha militato non solo il principio di effettività della tutela giurisdizionale, ora consacrato dalla Costituzione (art. 24), ma ancora di più il contenuto di esecutività e di efficacia dell'atto amministrativo, destinato da subito a conseguire gli effetti che vi sono implicati.

Cosicché già il regolamento per la procedura dinanzi al Consiglio di Stato (R.D. 17 agosto 1907 n. 642, art. 36) provvide a regolare la sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo, instaurando un contraddittorio previo tra le parti in causa e la possibilità di tale tutela fu ribadita dal T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato (R.D. 26 giugno 1924 n. 1054, art. 39).

La tutela cautelare sotto forma di sospensione dell'atto amministrativo impugnato fu meglio definita dalle legge sui T.A.R. (art. 21 L. 1034/71), che parlò del presupposto ad essa sotteso, costituito dai

⁽¹²⁾ Sul punto, si vedano: VILLATA R., *Il processo davanti al giudice amministrativo*, Torino, 2004, pp. 12-13; FRACCHIA F., *Riti speciali a rilevanza endoprocedimentale*, Torino 2003, pp. 63 e ss..

« danni gravi ed irreparabili », del contraddittorio e della decisione in apposita Camera di Consiglio.

Sotto la spinta del principio di effettività e poi con il richiamo alla giurisprudenza comunitaria, che sempre più ha teso a reclamare l'immediata efficacia negli ordinamenti degli Stati membri delle norme del Trattato e del diritto posto dalle istituzioni della comunità, la tutela cautelare ha superato i limiti della sola sospensione del provvedimento impugnato per imporre all'amministrazione di tenere un preciso comportamento.

A ciò ha contribuito l'intervento della giurisprudenza pretoria con la pronuncia delle ordinanze cosiddette propulsive, tese a sollecitare l'emanezione di provvedimenti interinalmente riparatori anche di fronte ad atti negativi e poi, più efficacemente, la giurisprudenza della Corte Costituzionale (sentenza 28 giugno 1985 n. 190), che ha affermato la incostituzionalità dell'art. 21, ultimo comma, della legge 1034/1971, nella parte in cui, limitando l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo all'esecuzione dell'atto impugnato, non consentiva al giudice di adottare, nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti di urgenza che appaiano più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito.

Su questo percorso il legislatore della novella al processo amministrativo non poteva non allargare il contenuto della tutela al pregiudizio grave ed irreparabile derivato non solo dall'esecuzione dell'atto impugnato, ma anche dal comportamento inerte dell'amministrazione e propugnare l'emanezione di misure cautelari (compresa l'ingiunzione di pagare somme, come del resto si rileva anche dalla citata sentenza della Corte Costituzionale) che « appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso ».

Questo processo di « ipertrofizzazione » della tutela cautelare in un sistema di processo amministrativo, che realizza in tempi irragionevoli la tutela di merito e che rende ancora più distante il principio dell'effettività soprattutto in tema di giurisdizione esclusiva, ove si discute della tutela di situazioni soggettive piene a volte di grande rilievo, non solo economico, può essere ragionevole esclusivamente laddove mantenga fermi i limiti di strumentalità del processo cautelare e di interinalità della tutela da esso accordata.

Insomma il rischio di una tutela cautelare esaltata nelle dimen-

sioni e nei provvedimenti è quello di scavalcare il collegamento con la tutela di merito e sostanzialmente trasformare il processo da strumento destinato a dare a chi ha un diritto tutto quello che egli ha diritto di conseguire, secondo appunto l'insegnamento di Chiovenda⁽¹³⁾, a strumento che comunque faccia conseguire un risultato che a volte neanche la sentenza di merito può produrre, perché il giudice amministrativo in questa fase non incontrerebbe neppure i limiti propri del processo amministrativo⁽¹⁴⁾.

Si tratterebbe di un risultato pericoloso, perché metterebbe in discussione la stessa natura del processo amministrativo e affiancherebbe al processo ordinario un processo speciale cautelare, sostanzialmente sostitutivo di quello ed orientato a dare tutela fuori dai canoni dell'ordinamento.

Sul carattere strumentale del processo cautelare e su una tutela rapportata agli esiti del giudizio di merito, anticipatorio del solo bene della vita che si può conseguire, la giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte Costituzionale debbono attentamente vigilare.

Sempre nel quadro della tutela cautelare si pone il problema se sia utile al processo amministrativo o meglio costituisca più efficace tutela delle situazioni soggettive che tramite lo stesso si possono far valere, l'introduzione di una tutela cautelare *ante causam*.

La Corte Costituzionale (ordinanza 10 maggio 2002 n. 179) ha dichiarato manifestamente infondato il rilievo di illegittimità del nuovo art. 21, quale introdotto dalla legge 205/2000, in quanto non prevede una tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo, sostanzialmente osservando che, al di là del limite della ragionevolezza, il legislatore conserva la sua discrezionalità nell'adottare norme processuali differenziate per i diversi tipi di giurisdizione e che comunque il sistema cautelare oggi positivamente disciplinato garantisce l'effettività della tutela.

Ma al di là dei limiti costituzionali, oggi effettivamente può porsi il problema della tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo, che naturalmente non significhi tutela a sorpresa, disancorata dal normale principio del previo contraddittorio, ma che consenta, soprattutto in materia di giurisdizione esclusiva, il ricorso al giudice per garantire la tutela interinale e strumentale delle situazioni soggettive di diritto pieno, anche prima del tempo occor-

⁽¹³⁾ PROTO PISANI A., *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Rivista di procedura civile*, 1998, pp. 21 ss..

⁽¹⁴⁾ VILLATA R., cit., pp. 13-17.

rente per far valere il diritto in via ordinaria, quando questo sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile.

Questo naturalmente comporta l'assegnazione di termini rigidi per introdurre il giudizio di merito di fronte al giudice competente, una volta ottenuta la tutela cautelare, come del resto avviene nel processo civile.

Del resto l'opportunità, se non la necessità, di una tutela anticipata rispetto al giudizio di merito, sembra reclamata, anche se con motivazioni che non sono forse plausibili⁽¹⁵⁾, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (Corte di Giustizia 15 maggio 2003 in causa C-214/2000) con il richiamo alla direttiva su ricorsi, che afferma — appunto — l'esigenza di eliminare qualsiasi difficoltà all'emanazione di ogni tipo di provvedimento cautelare utile e segnatamente di proporre un previo ricorso contro la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice.

5. Si può passare ora a trattare del tema del risarcimento del danno nel processo amministrativo.

Esso assume portata di problema di carattere generale dal momento che il legislatore della riforma del 2000, prendendo atto del rilievo assunto dalla giurisdizione esclusiva nel novero delle controversie affidate alla giurisdizione del giudice amministrativo, ha innanzitutto stabilito (art. 7, comma 3, lettera c) che questo giudice in quelle controversie dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto.

Si è aperto, di fronte ad un giudice e ad un processo strutturato per rispondere prevalentemente alla domanda di annullamento dell'atto, secondo lo schema del processo impugnatorio, per di più caratterizzato dall'impulso officioso e dalla sostanziale assenza della fase istruttoria o dove comunque il principio dispositivo in materia di prove ha sempre operato con notevoli limitazioni, il problema di rispondere anche alla domanda di risarcimento del danno.

Lo stesso legislatore ha preso, quasi in prevenzione, atto delle difficoltà in cui si sarebbe trovato il giudice amministrativo nel maneggiare gli strumenti probatori e nell'acquisire una tecnica ed una mentalità adeguata a pronunciare sul risarcimento del danno, tanto che, al secondo comma del novellato art. 35, ha previsto la possibilità di stabilire soltanto i criteri in base ai quali fosse la stessa

⁽¹⁵⁾ G. Rombo, *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2004, 3, pp. 653.

pubblica amministrazione o il gestore del servizio pubblico a proporre all'avente diritto il pagamento di una somma entro un determinato termine, riservandosi di intervenire in un secondo tempo con i poteri del giudice dell'ottemperanza, qualora non si fosse tra le parti trovato l'accordo sul *quantum* della somma da pagare a titolo di danno.

E la pratica del processo amministrativo ha confermato *in toto* questa difficoltà per un certo constatato senso di disattitudine e quasi di ritrosia.

Ma il tema del risarcimento del danno ha assunto dimensioni certamente più complesse da quando, a cominciare in modo pieno dalla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 500 del 1999, si è rimosso il dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi.

Come peraltro è stato anche di recente riconfermato⁽¹⁶⁾, la Costituzione non contiene alcun limite alla risarcibilità, né sotto il profilo di esenzione di responsabilità per i pubblici funzionari (art. 28), né sotto quello della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi (art. 113), ove si rimette alla legge la determinazione del giudice competente a conoscere delle diverse istanze e di stabilire quali organi e con quali effetti possono annullare gli atti della pubblica amministrazione.

Una tale interpretazione può dirsi rafforzata dalla lettura combinata degli artt. 24 e 3 della stessa Costituzione, laddove da un lato si sancisce per ognuno il diritto ad agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi, dall'altro si proclama l'uguaglianza dei cittadini anche sul piano del fatto.

I principi e le norme costituzionali richiamati consentono di affermare che sussiste quindi un principio di risarcimento del danno che deriva dall'esercizio dell'attività pubblica, anche se si rimette alla legge la definizione della sfera di giurisdizione e gli effetti delle relative pronunce.

Nessun limite a questa impostazione deriva dalla legislazione vigente e la sentenza 500 del 1999 non ha fatto altro che evidenziare il fenomeno, soffermandosi in particolare ad individuare il nesso di causalità, a definire l'effettività del danno e a considerare la valutazione della colpa.

In particolare la Cassazione, dopo aver quasi constatato che il giudice dovrà « *accertare sotto il profilo causale, facendo applicazione*

⁽¹⁶⁾ ABBAMONTE G., *Attualità e prospettive di riforma del processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2004, 2, pp. 318 e ss..

dei noti criteri generali, se l'evento dannoso sia riferibile ad una condotta (positiva o omissiva) della P.A. », ha rilevato che non ogni attività illegittima delle P.A. determina automaticamente il risarcimento del danno, « poiché occorre altresì che risulti lesa, per effetto dell'attività illegittima (o colpevole) della P.A. l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo ».

Sull'altro versante, si afferma che il giudice non potrà limitarsi al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento, ma dovrà estendere piuttosto la sua indagine « alla valutazione della colpa non del funzionario agente... ma della P.A. intesa come apparato..., che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) siano avvenute in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi, che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongano come limiti esterni alla discrezionalità ».

Il legislatore della legge 2005/2000 non solo ha mostrato di voler accogliere l'impostazione della sentenza della Cassazione, facendo così propri gli indirizzi evolutivi del resto già presenti nella dottrina e nella stessa giurisprudenza amministrativa, ma altresì disponendo l'attribuzione al giudice amministrativo « nell'ambito della sua giurisdizione ... di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica e agli altri diritti patrimoniali conseguenziali ».

È così che è stata abbattuta, dopo circa un secolo e mezzo (legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865), la generale riserva a favore del giudice ordinario di tutte le questioni risarcitorie, che peraltro il d.lgs. n. 80/1998 aveva già in parte eliminato con riferimento alle questioni attinenti alla giurisdizione esclusiva.

Si inserisce a questo punto il problema del risarcimento in forma specifica, che — come abbiamo visto — la legge 205 propone a tutto campo, anche quindi con riferimento agli interessi legittimi.

Il tema non può essere qui che solo accennato⁽¹⁷⁾, sottolineando che esso richiama in particolare la tutela dei c.d. interessi pretensivi per il mancato conseguimento di un provvedimento amministrativo e fa intravedere la possibilità che quello che appariva per il cittadino

(17) Si rinvia per le diverse problematiche che si pongono allo studio specifico di TRAVI A., *Processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2008, 4, pp. 994 e ss..

alla stregua di un bene infungibile, con il conseguente risarcimento solo per equivalente e così spesse volte con un risultato insoddisfacente, diventi effettivamente conseguibile, attraverso un vero e proprio risarcimento in natura, attribuendo tutela piena agli interessi pretensivi e nello stesso tempo colmando una lacuna storica del nostro sistema di giustizia amministrativa.

6. Rimane allo stato irrisolta la questione se il giudice (ora amministrativo) possa procedere alla pronuncia del risarcimento del danno, s'intende nella sussistenza di tutti i sopra indicati presupposti, anche senza la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento.

La Corte di Cassazione ha negato questa necessaria pregiudizialità sulla considerazione che essa fosse un retaggio del sistema che affermava la tutela risarcitoria solo per le situazioni di diritto soggettivo e che tale emersione avveniva a seguito dell'annullamento dell'atto, sistema superato dal nuovo orientamento che impone il risarcimento del bene della vita correlato ad ogni situazione soggettiva, sia pure qualificata, e valuta la responsabilità non solo in relazione all'illegittimità del provvedimento, ma anche all'azione amministrativa fonte di danno ingiusto provocato da un comportamento colposo.

Di contro il Consiglio di Stato (da ultimo: Adunanza Plenaria 26 marzo 2003 n. 4) è rimasto ancorato alla vincolatività ed efficacia, qualificante per gli interessi tutelati, del provvedimento amministrativo fino a quando non venga annullato, tanto da impedire il risarcimento del danno che sia derivato da regolamento autoritativo, foss'anche illegittimo, degli interessi implicati, non essendo — tra l'altro — consentita al giudice amministrativo la disapplicazione degli atti amministrativi non regolamentari.

7. Un ulteriore problema non trova pacifica ed adeguata soluzione nella giurisprudenza, che propone soluzioni diverse allorché si vada ad esaminare l'orientamento dei giudici della giurisdizione e quello dei giudici amministrativi.

Ci riferisce al tema dei rapporti tra aggiudicazione dell'appalto e contratto successivamente stipulato agli esiti di una procedura di evidenza pubblica.

La tesi classica della Cassazione (vedi ad esempio: Cass. Civ., Sez. I, 21 maggio 2002 n. 7429) era quella della giurisdizione del giudice ordinario su tutti i profili attinenti al contratto e conseguen-

temente, sul punto, l'annullamento di esso da parte di tale giudice su iniziativa consentita esclusivamente all'ente appaltante.

Tale tesi risulta largamente inappagante anche sulla sola considerazione dell'insufficiente tutela accordata con tale soluzione al soggetto ricorrente contro l'aggiudicazione, che si sia visto accogliere il ricorso.

Allora risulta prevalente, almeno secondo l'orientamento dei giudici amministrativi, specie d'appello, la tesi che configura la sorte del contratto stipulato in esito all'annullamento dell'aggiudicazione in termini di caducazione automatica degli effetti o di inefficacia sopravvenuta, variamente motivata con il venir meno di un presupposto o di una condizione di efficacia del contratto, con la mancanza del requisito della legittimazione a contrarre o con il sopravvenire di una ragione di inefficacia successiva.

Infatti, il previo esperimento della fase di evidenza pubblica opererebbe in forza della normativa applicabile (art. 20 comma 2, legge n. 109 del 1994) e dell'autovincolo derivante dalla *lex specialis*, secondo un rapporto di presupposizione, assumendo la fisionomia propria di una condizione legale di efficacia del contratto, di modo che l'annullamento dell'aggiudicazione farebbe venir meno retroattivamente un presupposto condizionante il contratto, determinandone, con automatico effetto caducante, la perdita di efficacia.

Più di recente la Sezione IV del Consiglio di Stato (ordinanza n. 3355 del 21 maggio 2004), nel deferire la questione all'esame dell'Adunanza Plenaria, ha osservato che l'aggiudicazione presenterebbe una duplice natura, amministrativa e negoziale, nel senso che nello stesso tempo si porrebbe come provvedimento conclusivo della procedura di selezione del contraente privato e come atto giuridico, con il quale l'amministrazione formalizza la propria volontà di contrarre con l'impresa scelta e alle condizioni da essa offerte.

In questa sostanziale considerazione, quindi, per il vincolo logico ed ontologico che lega inscindibilmente la valenza pubblicistica e quella privatistica, ascrivibili entrambe all'aggiudicazione, l'annullamento giurisdizionale di quest'ultima, operando *ex tunc*, ne elimina gli effetti fino dalla sua adozione, non solo con riferimento al suo contenuto propriamente provvedimentale, ma anche con riguardo a quello logicamente negoziale.

Ne conseguirebbe, in ultima analisi, la nullità del contratto per mancanza dell'accordo, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1428, comma 2 e 1325, comma 1, del codice civile.

Certo è, come avverte la stessa ordinanza, che la ricostruzione operata circa la natura anche negoziale dell'aggiudicazione potrebbe essere espressamente esclusa dallo stesso bando di gara e potrebbe negarsi sulla valutazione soltanto provvedimento della medesima, con la conseguenza che si imporrebbe una diversa considerazione della vicenda annullamento dell'aggiudicazione — sorte del contratto, magari con conclusioni identiche, ma impostate su un altro ragionamento.

L'Adunanza Plenaria non ci risulta si sia ancora pronunciata in proposito.

In definitiva non può escludersi in assoluto, al di là degli auspici espressi nella relazione di sintesi della Commissione di studio istituita dai Presidenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato per l'approfondimento dei problemi di maggior rilievo in tema di riparto di giurisdizione, che la Corte di Cassazione rivendichi a sé medesima la competenza a dirimere la questione e possa disattendere la tesi dell'estensione al contratto della giurisdizione esclusiva, definita dalla legge n. 205/2000 in tema di gare contrattuali della pubblica amministrazione, facendo tornare in alto mare la soluzione della questione ⁽¹⁸⁾.

8. Si concludono queste note con qualche cenno circa l'istruttoria e il sistema delle prove nel processo amministrativo.

Si può cominciare col dire che, per quanto la riforma (legge n. 205/2000) abbia introdotto alcune significative novità in materia di prove, non ha ritenuto di rendere obbligatoria o comunque di disciplinare una fase istruttoria nel processo amministrativo.

Essa resta, quindi, eventuale e subordinata all'insufficienza del materiale documentale che il ricorrente, ma soprattutto l'amministrazione, in adempimento del principio sancito ora dall'art. 1 della nuova legge, nei sessanta giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso, deve produrre.

Tale materiale è costituito non solo dal provvedimento impugnato, ma anche da tutti gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio.

Detto questo, è noto che la dottrina che si è occupata delle prove nel processo amministrativo si è diffusamente interrogata, per

⁽¹⁸⁾ In senso analogo con ampia esposizione delle tesi espresse da dottrina e giurisprudenza, si veda: VILATA R., cit., pp. 2429 e ss..

quanto anche il processo amministrativo sia sottoposto alla domanda di parte, su quale rilievo abbia il principio dispositivo, anche in materia probatoria, secondo il quale appunto (art. 115 c.p.c.) il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti, salvo i casi previsti dalla legge.

La soluzione data in via generale e rapportata specialmente al giudizio di legittimità era nel senso che il regime delle prove fosse dominato dal principio dispositivo secondo il metodo acquisitivo⁽¹⁹⁾, per cui il giudice, signore della prova, secondo il noto aforisma di Nigro⁽²⁰⁾, potesse spaziare anche al di là delle prove introdotte dalle parti, ispirandosi a principi e a criteri inquisitivi.

Di ciò era espressione concreta, in particolare per la giurisdizione di legittimità, l'art. 44 del T.U. n. 1054 del 1926, in cui si dispone che qualora il giudice riconosca che « *l'istruzione dell'affare è incompleta o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione con i documenti, può chiedere all'amministrazione interessata nuovi schiarimenti o documenti ovvero ordinare all'amministrazione medesima di fare nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti* ».

Nel giudizio di merito, cioè quando la giurisdizione è estesa al merito, il Consiglio di Stato può ordinare qualunque altro mezzo istruttorio, nei modi determinati dal regolamento di procedura.

Detto questo, il problema del come si dispieghi il principio dispositivo, se in senso pieno o in senso attenuato, perché accompagnato dalla possibilità di utilizzare anche poteri d'ufficio, si pone nei riguardi della giurisdizione esclusiva che, come sappiamo, investe anche e prevalentemente diritti soggettivi del ricorrente.

Da un lato, infatti, di fronte all'uguaglianza della tutela rispetto a quella accordata dal giudice ordinario, dovrebbe valere il principio dispositivo in senso pieno, che impedisce al giudice di accedere al fatto al di fuori di quanto viene acquisito e provato dalle parti, sia pure attraverso la mediazione processuale, dall'altro tuttavia occorre considerare la difficoltà di individuare, nella giurisdizione esclusiva, per il nesso tra esse intercorrente, le situazioni soggettive (diritto ed interesse) e quindi di differenziarle, con la consequenziale riconosciuta difficoltà di utilizzare un diverso sistema probatorio in un caso o nell'altro.

⁽¹⁹⁾ BENVENUTI F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1958.

⁽²⁰⁾ NIGRO M., *Il giudice amministrativo signore della prova*, in *Foro italiano*, 1997, V, col. 9 e ss.

A risolvere il problema non basta la formula utilizzata nell'art. 7 della legge di riforma, laddove si afferma che il giudice amministrativo nelle controversie deferite alla sua giurisdizione esclusiva « può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, nonché della consulenza tecnica d'ufficio, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento », perché essa lascia aperta la discrezionalità del giudice di disporre d'ufficio altre prove, come del resto avviene nella giurisdizione di legittimità ⁽²¹⁾.

In definitiva anche nella giurisdizione esclusiva, il legislatore non ha voluto affermare l'operatività del principio dispositivo in senso pieno, sia perché comunque, per l'intreccio delle situazioni sottoposte a giudizio, residuano sempre profili di indisponibilità ed emerge insieme al diritto della parte l'esercizio della funzione amministrativa, sia — e soprattutto — perché nel processo amministrativo difetta sul terreno dei rapporti sostanziali la posizione di parità tra le parti.

Al metodo dispositivo si sostituisce così il metodo acquisitivo che ha come condizione la posizione di non equivalenza delle parti sul piano sostanziale e la constatazione che per una di esse, cioè per il privato, sarebbe in alcuni casi sommamente difficile procurarsi il materiale probatorio.

Così la funzione di acquisizione viene esercitata nel processo amministrativo attraverso l'utilizzo dei poteri accordati dall'art. 44 T.U. n. 1054/1924, a cui la recente riforma ha aggiunto il potere di disporre la consulenza tecnica d'ufficio.

Rimane dalla lettura della legge un differente trattamento accordato, sempre sul piano probatorio, al sistema della giurisdizione di legittimità rispetto a quello della giurisdizione esclusiva.

Per quest'ultima il regime probatorio previsto dal codice di procedura civile si applica in senso pieno, con l'esclusione del giuramento e della confessione, tipici mezzi che presuppongono l'integrale disponibilità delle situazioni dedotte.

Per la giurisdizione di legittimità, sembrerebbe potersi fare ricorso al metodo acquisitivo, di cui al citato art. 44 del T.U., esteso alla consulenza tecnica d'ufficio.

Se il sistema dovesse viaggiare nel senso descritto e sostanzialmente su un doppio binario, si porrebbero seri problemi di compatibilità costituzionale, perché la tutela giurisdizionale, anche degli

⁽²¹⁾ Questa interpretazione è condivisa, tra gli altri, da CANIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, pp. 759-760.

interessi legittimi, si presenta come un diritto costituzionalmente garantito, ai sensi degli artt. 3, 24 e 113 della Costituzione, né la tradizionale concezione della giustizia amministrativa come sistema di impugnazione di atti giustificerebbe particolari limitazioni di carattere probatorio, appunto perché l'art. 113 riafferma la portata generale della tutela giurisdizionale proprio in relazione agli atti amministrativi.

Conclusivamente si può dire che proprio l'espansione della giurisdizione esclusiva, con l'affidamento in particolare al giudice amministrativo delle controversie risarcitorie, ove egli sia pure a fatica comincia a muoversi con incoraggianti segnali di effettività, fa ritenere che siano maturi i tempi per la generalizzazione del regime probatorio previsto dal codice di procedura civile, secondo il principio di uguaglianza di trattamento nel processo, ove si realizza la tutela delle situazioni soggettive attribuita dalla legge e secondo il principio di effettività costituzionalmente garantito.