

Introduzione. I principi generali nel Codice del processo amministrativo

Luisa Torchia

Introduzione

Il Codice del processo amministrativo (c.p.a.) è un tipico codice dei nostri tempi, nei quali la codificazione è divenuta soprattutto una tecnica di manutenzione di un ordito normativo sempre in movimento: tecnica utile a mantenere una misura di ordine e di coerenza, ma non più, invece, a discernere compiutamente gli istituti e le regole generali rispetto ad istituti e regole speciali¹.

Il c.p.a. non è, dunque, un testo chiuso e compiuto nel quale si riflette interamente il processo amministrativo, come del resto dimostra la collocazione di norme processuali in altri plessi normativi: basti pensare alla c.d. *class action* contro la pubblica amministrazione, prima inserita e poi di nuovo espunta dal testo definitivo del Codice.

Alla codificazione del processo non corrisponde, del resto – a differenza di quanto accade, per esempio, per il diritto civile o per il diritto penale – un codice del diritto amministrativo. Al contrario, il diritto amministrativo si va estendendo ed articolando lungo nuove ed inedite dimensioni² e presenta allo stesso tempo, nell'ordinamento interno, una forte "turbolenza" che vede succedersi continui interventi normativi, a volte di grande rilevanza, a volte di minuto dettaglio³.

La stessa vicenda di formazione del c.p.a., ormai ampiamente commentata⁴, con la successione di modifiche apportate in sede governativa e

¹ B.G. Mattarella, *Codificazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, p. 933-937.

² Per tutti, S. Cassese, *Le droit tout puissant et unique de la société. Paradossi del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 4, 2009, pp. 879 ss.

³ Tanto da rendere ormai sempre più difficile l'analisi e la ricostruzione per modelli e da richiedere, piuttosto, un'analisi volta ad individuare appunto i principi generali come strumento ordinante: sul punto v. L. Torchia *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, 2001.

⁴ Si vedano i contributi raccolti in G. Pellegrino (a cura di), *Verso il processo amministrativo*, Neldiritto editore, 2010 e, per un'analisi degli esiti, A. Pajno, *Il*

parlamentare alla bozza predisposta dall'apposita Commissione incaricata della redazione dell'articolato, ha contribuito a caratterizzare il Codice non tanto come un punto di arrivo e di definitiva sistemazione, quanto come uno strumento aperto a futuri e successivi sviluppi, rimessi soprattutto all'opera della giurisprudenza⁵.

Il c.p.a. non segna dunque certo la fine, e neanche il ridimensionamento, del ruolo del diritto pretorio nel e sul processo amministrativo, ma costituisce invece un episodio particolarmente importante della più generale vicenda dei rapporti fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale⁶, che spesso vede, come è stato osservato, reciproci "rilanci"⁷ fra giudice e legislatore.

Anche per questa ragione, i contributi che seguono questa breve introduzione non formano un commento completo, ma hanno ad oggetto solo alcuni temi di fondo, che presentano profili critici e problematici di particolare interesse.

I principi generali

Fra questi temi, il primo in ordine logico come in ordine, per così dire, topografico, è la codificazione dei principi generali.

E' questa una parte del c.p.a. sulla quale ha inciso l'intervento in sede governativa, che ha portato – rispetto alla bozza predisposta dalla Commissione - ad una riformulazione riduttiva delle disposizioni sul giusto processo (art. 2), allo

Codice del processo amministrativo fra "cambio di paradigma" e paura della tutela, in Giornale di diritto amministrativo.

⁵ Per tutti, P. de Lise, *Verso il Codice del processo amministrativo*, Conclusioni della Tavola rotonda tenutasi il 21 aprile 2010 presso la Corte di Cassazione; A. Pajno, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1, 2010, pp. 118 ss..

⁶ In termini generali v. M. R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2010; con specifico riferimento alla giurisdizione amministrativa sia consentito il rinvio a L. Torchia, *Le nuove pronunce e l'ambito di decisione del giudice*, relazione al 56° Convegno di Studi Amministrativi di Varenna, 23-25 settembre 2010, in corso di pubblicazione; v. anche l'osservazione di A. Pajno, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, cit., secondo il quale il Codice può servire "a mostrare e rendere palesi i cambiamenti che sono già intervenuti" (p. 141).

⁷ S. Cassese, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, 2004.

spostamento delle disposizioni sulla disponibilità, onere e valutazione della prova in altra parte del Codice (per l'esattezza, nel libro II, titolo III, capo II) e all'espunzione degli articoli dedicati al principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato⁸ e al diritto alla decisione di merito.

E' difficile, come è stato già osservato⁹, riconciliare l'espunzione o la riformulazione di alcuni principi generali con le ragioni addotte a giustificazione dell'intervento governativo, che consisterebbero nella necessità di contenere i costi e gli oneri per la finanza pubblica¹⁰, dato che, sia per specifico contenuto, sia per natura e valenza, dai principi generali difficilmente derivano diretti (o anche indiretti) oneri per la finanza pubblica. Questione diversa è l'individuazione di una sorta di "strategia di contenimento" che l'intervento governativo avrebbe perseguito a fronte di una bozza di codice volta ad assicurare pienezza ed effettività di tutela¹¹. L'ipotesi è sicuramente plausibile, ma si può subito osservare che nel caso dei principi generali la mancata codificazione può avere solo effetti molto limitati, perché quei principi, proprio perché generali, hanno valenza propria, indipendentemente dal loro recepimento in norma positiva¹².

Si pone, in effetti, una questione di segno opposto, per i principi generali codificati. Ci si può chiedere, infatti, se un principio generale codificato sia ancora

⁸ Nell'articolo 34, dedicato alle sentenze di merito, si prevede, come inciso, che il giudice debba provvedere *"nei limiti della domanda"*.

⁹ R. Chieppa, *Il Codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in *Il Codice del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 8.

¹⁰ Si legge nel comunicato n. 89 del 16 aprile 2010 del Consiglio dei Ministri, a proposito della bozza di Codice predisposta dalla Commissione: *"Il testo è stato in parte (significativa, ma non basilare) rielaborato d'intesa con il Ministro della economia e delle finanze, al precipuo fine di non introdurre istituti che, anche indirettamente o mediatamente ed in prospettiva temporale di medio periodo, potessero essere suscettibili di determinare incremento di oneri per la finanza pubblica, evidentemente insostenibili nell'attuale fase congiunturale"*.

¹¹ A. Pajno, *Il Codice del processo amministrativo fra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, cit..

¹² Sulla fallacia positivista che ha guidato l'intervento governativo di modifica, nella convinzione che il diritto non vada oltre la norma positivamente posta e che limitare la norma significhi quindi anche limitare il giudizio e la tutela, v. L. Torchia, *Le nuove pronunce del giudice*, cit.

un principio generale e in qual misura la codificazione ne modifichi la natura e la valenza.

Il principio di effettività

I principi codificati (negli articoli 1, 2 e 3) sono tre: il principio di effettività, il principio del giusto processo ed il principio di motivazione dei provvedimenti del giudice e di sinteticità degli atti (sia del giudice, sia delle parti).

Secondo il principio di effettività, il giudice deve assicurare “*una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*”.

La codificazione del principio porta a compimento e, allo stesso tempo, rende pienamente visibile, un percorso lungo il quale gli strumenti necessari ad assicurare una tutela piena ed effettiva sono stati forgiati, affinati ed ampliati dallo stesso giudice amministrativo, dalla giurisprudenza della Cassazione, dagli interventi del legislatore e, *last but not least*, dall’influenza del diritto europeo. Il contributo di ciascuno di questi fattori non sarebbe stato sufficiente, da solo, a configurare e realizzare una tutela piena ed effettiva, ma la loro convergenza ed interazione ha via via rafforzato la capacità della giurisprudenza amministrativa di rispondere alla domanda posta in giudizio, in modo che, per dirla in termini chiovendiani, il soggetto che ha ragione potesse ottenere “*praticamente tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire*”¹³.

Con l’articolo 1 del c.p.a è stata enunciata ed enfatizzata, con norma positiva, la valenza costituzionale del principio di effettività¹⁴ e, allo stesso tempo, si è riconosciuto il legame diretto fra il processo amministrativo e il diritto europeo.

Tale legame naturalmente esisteva già, ma era rimesso soprattutto al dialogo fra le parti e alla sensibilità del giudice nazionale, mentre ora diventa un

¹³ G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1932, I, 41.

¹⁴ V., in proposito, l’ampio studio di M. Renna. *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civiltà"*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale* (a cura di D. della Cananea e M. Dugato), ESI, Napoli, 2006, pp. 505 ss.

principio-guida, dal quale è quindi agevole trarre criteri interpretativi validi non solo per il singolo caso di volta in volta oggetto di giudizio, ma dotati di valenza generale ed utili ad indirizzare anche l'applicazione di altre norme del codice.

La giurisprudenza amministrativa è ricca di casi i cui il principio di effettività è stato utilizzato come strumento di estensione della tutela ad aree o questioni per la quali il giudice non disponeva di una norma positiva di specie e tale tendenza si è andata rafforzando via via che il diritto europeo ha stabilito un nesso sempre più stretto fra la propria effettività e l'effettività della tutela giurisdizionale contro gli atti degli Stati e delle amministrazioni nazionali.

Si è stabilito così, per ricordare un solo esempio recente, che, proprio in ragione del principio di effettività, desumibile oltre che dall'art. 24 della Costituzione anche dagli articoli 6 e 13 della CEDU, il giudice amministrativo possa emettere una sentenza di condanna idonea a divenire titolo per l'esecuzione forzata (ai sensi degli artt. 389 e 474 c.p.c.)¹⁵.

La codificazione del principio di effettività, declinato anche sul versante della pienezza della tutela, fornisce quindi all'interprete una chiave di lettura e di interpretazione dell'intero corpo codicistico e rafforza la centralità nel processo della pretesa sostanziale prospettata dal ricorrente. Il giudice è chiamato ad accertare l'effettiva consistenza di questa pretesa e ad assicurare, a fronte di una illegittima lesione, la soluzione più soddisfacente fra quelle in concreto disponibili, ivi compreso il risarcimento nelle sue diverse forme¹⁶. Il dovere di assicurare una tutela piena ed effettiva dovrà, ad esempio, guidare il giudice sia nell'esercizio dei suoi poteri officiosi, sia nella qualificazione e nella conversione delle azioni, previste dall'art. 32, comma 2.

Parte integrante della effettività della tutela è, inoltre, la sua concentrazione, espressamente enunciata all'art. 7, comma 7, ove si legge che "*il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice*

¹⁵ Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220.

¹⁶ Dando così piena attuazione al criterio previsto dall'art. 44, comma 2 lett. b), n. 4 della legge di delega n. 69/2009, secondo il quale le pronunce del giudice devono esser conformate in modo da "*soddisfare la pretesa della parte vittoriosa*".

amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi"¹⁷.

Il principio del giusto processo

La disposizione del giusto processo è stata, come si è detto, riformulata restrittivamente rispetto alla disposizione presente nella bozza della Commissione.

E' stato eliminata, innanzitutto, la qualificazione in termini di effettività del principio di parità delle parti. Si tratta di una modifica che non dovrebbe avere conseguenze significative, dato che l'effettiva parità delle parti può essere agevolmente desunta dal principio costituzionale del giusto processo (art. 111 Cost.), ma l'introduzione dell'aggettivo "effettiva" era simbolico di una raggiunta parità fra due soggetti – l'amministrazione e il ricorrente – che nel processo, per lungo tempo, non hanno, per così dire, "giocato" alla pari. Basti pensare, in proposito, alla posizione di privilegio garantita all'amministrazione nella disponibilità di fatti e documenti prima della definitiva affermazione del diritto di accesso e dei diritti di partecipazione nel procedimento.

Spetterà ancora una volta al giudice assicurare che quell'asimmetria, ormai inattuale e costituzionalmente inaccettabile, non riemerge dietro lo schermo di una parità delle parti solo formale, utilizzando anche a pieno le disposizioni in materia di disponibilità, onere e valutazione della prova che ora si trovano nell'art. 64.

Parte integrante del principio del giusto processo è, naturalmente, la ragionevole durata del giudizio (la cui violazione ha fruttato allo Stato italiano, come è noto, numerose condanne dinanzi alla Corte europea di Strasburgo). Questo elemento è richiamato nell'art. 2, comma 2, ma solo come fine per il quale il giudice e le parti devono cooperare, mentre esso assumeva diversa pregnanza nel testo proposto dalla Commissione, nel quale si prevedeva che "*per una rapida definizione dei giudizi si tiene conto del rilievo anche costituzionale degli*

¹⁷ V., in proposito, A. Pajno, *Il codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al libro I*, in corso di pubblicazione, secondo il quale la norma fornisce "un criterio interpretativo ai fini del riparto di giurisdizione, volto a precisare che questo deve essere effettuato tenendo conto della regola dell'effettività."

interessi azionati". Si era cercato così di introdurre un elemento correttivo allo sbilanciamento fra le ormai numerose misure di accelerazione per alcuni tipi di giudizi – primi fra tutti quelli in materia di appalti – e la lentezza del rito ordinario, che pure spesso ha ad oggetto interessi di rilievo costituzionale pari, se non superiore, agli interessi delle stazioni aggiudicatrici e delle imprese.

Viene richiamato, invece, il principio del contraddittorio, che è elemento fondamentale ed essenziale della parità fra le parti.

Il dovere di motivazione e il principio di sinteticità degli atti

L'ultimo principio codificato riguarda due diversi oggetti: la motivazione degli atti del giudice e la sinteticità degli atti sia del giudice, sia delle parti. Si tratta di due elementi eterogenei, (che infatti nella bozza della Commissione erano disciplinati in due diversi articoli), che hanno in comune solo, appunto, la valenza generale di principio.

Nel primo caso, si consolida una tendenza ormai assai diffusa, a motivare non solo, come è ovvio, la sentenza di merito, ma anche le ordinanze, specie quelle cautelari, non più con il mero riferimento alla sussistenza (o alla insussistenza) dei presupposti, ma con l'indicazione, pur sommaria, delle ragioni della decisione assunta.

Nel secondo caso, si tratta di una previsione collegata al principio di ragionevole durata del processo, che si impone, quindi, non solo al giudice, ma anche alle parti. Trattandosi di una disposizione priva di sanzione, la sua attuazione è peraltro rimessa alla buona volontà degli interessati e alla capacità di *moral suasion* degli stessi giudici.

Principi generali e rinvio esterno

Ai principi generali codificati, sinora esaminati, si aggiunge il richiamo, previsto dall'art. 39 c.p.a. alle disposizioni del codice di procedura civile "*in quanto compatibili o espressione di principi generali*". La configurazione del rapporto fra i due codici in termini di compatibilità consente di affermare

l'autonomia del c.p.a. rispetto al codice di procedura civile, mentre il riferimento alle disposizioni che siano espressione di principi generali – nel codice di procedura civile, a differenza che nel c.p.a., non vi sono principi generali espressamente codificati – funge da clausola di apertura, attraverso la quale nel processo amministrativo possono introdursi principi comuni alle due giurisdizioni¹⁸.

I principi e l'interprete: una storia che continua

Si può, in conclusione, tornare all'interrogativo posto in apertura: cosa cambia per effetto della codificazione dei principi generali?

Una risposta compiuta alla domanda potrà venire solo dopo che l'applicazione del c.p.a. nel tempo fornirà una esperienza significativa sulla quale riflettere, ma si possono individuare sin d'ora almeno due profili rilevanti.

La codificazione dei principi generali sopra esaminati ha, prima di tutto, un valore storico. Viene enunciata e resa evidente, infatti, in alcuni elementi basilari, l'evoluzione del processo amministrativo da strumento di giurisdizione domestica a strumento per la piena ed effettiva tutela dei diritti e degli interessi, da giurisdizione speciale e in sé conclusa a giurisdizione costituzionalmente conformata e aperta alla integrazione alla convergenza fra gli ordinamenti.

In secondo luogo, questa evoluzione si consolida, ma certo non si arresta con il c.p.a.. Al contrario proprio la codificazione dei principi generali introietta, per così dire, nel Codice il ruolo del diritto pretorio, che è chiamato ad applicare

¹⁸ Per la tesi che non esistano "principi generali del processo, a prescindere dal loro impiego in un processo di un determinato tipo" e che si deve invece guardare ai "principi comuni a diversi tipi di processo", v. R. Caponi, *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, in *Foro italiano*, 2010, V; v. anche D. Dalfino, *Il codice del processo amministrativo: disposizioni di rinvio e principi generali*, ibidem.

le norme positivamente poste utilizzando i principi generali come parametri e come criteri interpretativi, che forniscono un indirizzo all'attività dell'interprete e, allo stesso tempo, consentono il necessario adattamento alle sempre nuove esigenze di tutela.