

I RITOCCHI NORMATIVI SULL'IDENTITÀ DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

Salvatore Piraino *

SOMMARIO: 1. Forma e sostanza nel processo amministrativo – 2. Legittimità delle forme e principio della libertà delle forme – 3. Giustizia amministrativa e tutela degli interessi individuali.

1. – A poco più di un anno dalla sua entrata in vigore, con il D.Lgs. 15 novembre 2011, n. 195 sono state già effettuate talune correzioni ed integrazioni del codice del processo amministrativo, peraltro preconizzate dall'art. 44, comma 4, della legge di delega 18 giugno 2009, n. 69: « entro due anni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi (“per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato”) di cui al comma 1, possono ad essi essere apportate le correzioni e integrazioni che l'applicazione pratica renda necessarie od opportune...in base ai medesimi principi e criteri direttivi previsti per l'emanazione degli originali decreti ».

Malgrado l'ingegno di coloro che hanno elaborato il testo delle norme che compongono il codice del processo amministrativo, il legislatore, soggiogato dalla grandezza dell'impresa ed ansioso di corrisponderne l'esperimento ai bisogni cui essa si rivolge, nella loro comprensibilità e concretezza, sotto l'insopprimibile bandiera dei fini di tale codificazione, ne ha riportato, insieme con le difficoltà pratiche e dommatiche, risultati strumentali o di efficacia stimolatrice mai definitivi né men che remoti dalla definitività.

L'intervento correttivo, al di là della sua effettiva portata e del suo rilievo, certamente non riflette alcuna inquietante tendenza perfezionista del legislatore, ma piuttosto denota la realtà della fisionomia di un processo che è lungi dall'essere affatto conforme alle esigenze della propria natura, dibat-

* Professore di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Palermo.

tendosi tra non poche difficoltà e contraddizioni il cui superamento non è detto che dal correttivo possa trarre un utile contributo, specialmente non solo quando le indicazioni fornite dall'esperienza applicativa riguardano l'operatività del fenomeno giuridico in un ambito ancora temporalmente limitato, ma anche considerato che il recepimento di tali indicazioni in una legge ha sempre qualcosa di approssimativo, oltre che di riduttivo del divenire degli istituti giuridici, sovrastato da quel necessario collegamento tra il *prius* e il *posterius* in che consiste la legge.

La contenutezza delle integrazioni e le correzioni apportate, lungi dall'esaurire l'opera di perfezionamento dell'impianto normativo del processo amministrativo, ne confermano semmai le imperfezioni più che le certezze, essendo queste ultime il risultato delle scelte che sul piano dell'azione, più che della conoscenza, in concreto caratterizzano l'essere del processo e ne condizionano l'evoluzione verso una maggiore probabilità di tutela del cittadino nei confronti della pubblica Amministrazione, nonostante le remore dell'immane tendenza conservatrice ancorata all'idea del prevalere della necessità sulla giustizia, del non essere sull'essere.

Il processo amministrativo, di cui appare evidente l'accostamento al processo civile tanto da far ritenere di rappresentarne un calco, un sottoprodotto, segna il perpetuarsi dell'ormai consolidato orientamento a costruire il processo secondo schemi formali, pur non potendo ciò evitare che esso si sottragga al fatto, ed al significato del fatto del divenire dell'ordinamento attraverso il processo. Ma il formalismo si coglie proprio nell'identificare la legge del processo con il complesso di norme che il legislatore detta e compone in un codice, la cui disciplina risolve il giudizio in termini di processo, secondando l'inclinazione, sempre in agguato, al rigetto della responsabilità del giudizio sulla norma.

L'effettività della tutela degli interessi giuridicamente rilevanti postulerebbe, invero, il prevalere della sostanza sulla forma, perché il processo serva al diritto ed il giudizio non si risolva in mera regola del processo. Ed il processo serve al diritto solo qualora il formalismo, di cui esso può apparire più o meno permeato, non condizioni il giudizio, rappresentando il comodo pretesto per escludere quella *lex veritatis* che costituisce la stessa *ratio iudicii*. Il processo non è fine a sé stesso ma, in quanto strumento del diritto sostanziale, non può che vedere la legalità delle forme asservita alla relazione fra

queste e lo scopo per cui sono dettate e, comunque, non preclusiva di una certa elasticità processuale, cioè della capacità del processo di adattarsi alle esigenze della causa, pur sempre rapportabili alle varie esigenze di protezione degli interessi giuridicamente rilevanti che la richiedono.

2. – I limiti della legalità delle forme possono essere vinti solo da un giudice che non sia formalista, « perché è il giudice che fa la norma assai più di quanto la norma non faccia il giudice »¹, soprattutto alla luce di un codice, come quello che oggi regge il processo amministrativo, che appare solennemente informarsi all'idea del prevalere della legge di verità sul formalismo: in proposito si parla già di atipicità delle azioni esperibili e delle decisioni pronunciabili a fronte di una tipicità delle stesse che mal si concilia con le esigenze di attuazione del principio di effettività della tutela degli interessi giuridicamente rilevanti².

In effetti, anche la costruzione di un codice è un'operazione che passa gradualmente dallo stadio empirico allo stadio scientifico, nel senso di una progressiva razionalità dell'architettura del processo amministrativo, non solo dal lato dei mezzi che essa impiega, ma altresì dei fini, che si propone di raggiungere. La sobria, ma non proprio lineare, architettura del codice del processo amministrativo che, come ulteriormente suffragato dalle modifiche introdotte col d.lgs. n. 195/2011, si dibatte fra la tendenza ad una maggiore efficacia del giudizio amministrativo (in materia di tutela nei confronti del silenzio e dei provvedimenti dell'Amministrazione relativi alla SCIA o alla DIA) e quella volta a ridimensionare l'impronta garantista del codice contenendone l'effetto innovativo³, sembra rinfocolare il dubbio se l'effettività della tutela, che la giurisdizione amministrativa dovrebbe assicurare, sia un espediente costruttivo o una logica soluzione. Soprattutto se si considera che le situazioni giuridiche soggettive non basta che siano acquisite, ma bisogna difenderle affinché non si indeboliscano o non si perdano addirittura, comprendendo nel concetto della tutela giuridica, e della tutela giurisdizionale in particolare, ogni specie di attività necessaria a garantirne l'integrità o la pratica efficacia.

¹ S. Satta, *Diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1967, XXII.

² F. Caringella, *Il sistema delle tutele dell'interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo*, in *Urb. e app.*, 2012, 1, 14 s.

³ C. E. Gallo, *Il decreto correttivo al codice del processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2012, 1, 23 s.

Il titolo III del primo libro del codice del processo amministrativo che, con la rubrica vaga di « azioni e domande », comprende norme che si riferiscono al principio del contraddittorio, all'intervento, al principio della domanda ed al cumulo delle domande, si occupa dell'azione, cioè di ciò che viene prima del processo, circoscrivendo la tipologia delle azioni esperibili sul presupposto di una tradizionale classificazione delle azioni smentita dalla realtà di un numero infinito di azioni, perché corrispondente agli interessi che la legge considera meritevoli di tutela: le azioni si sottraggono ad ogni classificazione, perché il carattere dell'azione non può che essere quello della tutela giuridica prevista dall'ordinamento, su cui necessariamente si plasmano i vari espedienti processuali, poiché senza una generale possibilità di giudizio nell'ordinamento non potrebbe neppure concepirsi l'azione.

Il processo come mezzo per conseguire la soddisfazione di una pretesa inappagata evidenzia la stretta correlazione fra l'interesse processuale e l'interesse che si fa valere come se fosse giuridicamente protetto esigendone il rispetto dalla pubblica Amministrazione. Di fronte ad un evento che contraddica al diritto (il mancato rispetto o la resistenza del soggetto obbligato), la pretesa, che forma il contenuto della domanda giudiziale, è l'attività necessaria per l'affermazione e la soddisfazione di un interesse giuridicamente rilevante, in ciò risolvendosi pertanto la sua tutela.

Nella domanda, come volontà di tutela, e come tendenza verso questa tutela, in ordine ad una situazione che si rappresenta come antiggiuridica, si riassume tutta la funzione e la struttura del processo, nella sua tendenziale configurazione unitaria che non potrebbe non portare a ridurre, fino ad eliminarle, le distanze tra processo amministrativo e processo civile, data la unitarietà del concetto di giudizio, che l'azione postula perché si proceda all'affermazione ed alla soddisfazione dell'interesse individuale che si assume garantito da una norma (« la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva »: art. 1 c.p.a.).

La atipicità formale, da taluno evocata anche per il processo amministrativo, pur nell'ambito di un sistema della legalità delle forme che, però, rischia di portare non di rado al sacrificio della verità e della giustizia, esprime il disagio di un processo che, nell'avvertire l'angustia di un sistema delle forme predeterminate dalla legge e nel tentativo di affrancarsi dai suoi limiti, invocando il principio di libertà delle forme sotto il profilo della corrispon-

denza dell'atto processuale alle esigenze di effettività della tutela dell'interesse che la richiede, non può che apparire sempre più attratto nell'orbita del processo civile.

3. – Le sopravvivenze storiche, che non mancano ancora oggi di ingombrare il processo amministrativo, connotando il permanere della tendenza ad un'idea della giustizia amministrativa preoccupata di non paralizzare e non intralciare l'azione amministrativa, si riflettono sul disegno di sottrarre una parte sempre maggiore delle liti con l'Amministrazione al giudice ordinario, non certamente per un motivo tecnico o di concentrazione della tutela, ma per assicurare una giustiziabilità dell'azione amministrativa che sarebbe resa particolare dalla cosiddetta "rilevanza politica" della lite amministrativa, la quale ancora oggi non è priva di suggestioni incidendo nei lineamenti puri dell'ordinamento della funzione giurisdizionale, sia pure in un modo destinato ad una graduale attenuazione sino a divenire auspicabilmente del tutto insignificante.

Finché la tematica della giustizia amministrativa sarà riguardata sotto il profilo della predisposizione degli strumenti processuali più adeguati per risolvere le liti fra i privati e la pubblica Amministrazione, al fine di risolvere in modo accettabile il rapporto fra autorità e libertà e, quindi, di ottenere una ragionevole mediazione fra la salvaguardia dell'interesse individuale del privato e la tutela degli interessi pubblici curati dalle pubbliche amministrazioni⁴, ciò non potrà che differenziare ancora la giustizia amministrativa da quella ordinaria, segnando l'imperfezione della prima, nonostante l'impegno ad una piena omologazione delle tecniche di tutela delle posizioni dell'interesse legittimo e del diritto soggettivo, che peraltro dovrebbero renderne evanescenti le distinte configurazioni.

Tale visione della problematica spiega la pervicace resistenza dell'idea di una giurisdizione amministrativa che, se pure incidente sullo stesso processo di svolgimento del potere amministrativo, non sarebbe mai possibile volgere all'attribuzione immediata del bene della vita mediante un proprio comando sostitutivo di quello della pubblica Amministrazione, sotto l'insegna sempre comoda del principio della separazione dei poteri⁵. Quando, in-

⁴ P. Aimò, *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento a oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2000.

⁵ Caringella, *op. cit.*, 22.

vece, non potendo essere inteso il contenuto della funzione giurisdizionale se non in relazione col sistema della legalità, il potere del giudice, che si identifica con la funzione che egli esercita, non può che essere quello di dichiarare e realizzare (coattivamente, per l'efficacia imperativa connaturata al suo giudizio) il diritto nel caso concreto, se si considera che la funzione del giudizio giuridico è quella di scoprire il fatto giuridico per aggiustare ai suoi effetti una condotta.

Il concetto della tutela giuridica degli interessi individuali, nel loro rapporto con gli interessi curati dalla pubblica Amministrazione, comprende ogni specie di attività necessaria a garantirne la conservazione o la pratica efficacia, la quale è presidiata e difesa sia dal modello partecipativo, attraverso cioè la partecipazione dei titolari degli interessi individuali al procedimento amministrativo, sia dal modello garantista, nella modalità cioè della cosiddetta tutela giurisdizionale, che è appunto una specie del genere (tutela giuridica) come sopra delineato.

Tanto il procedimento amministrativo che il processo amministrativo sono forme di giudizio, nel quale si risolve l'azione giuridica, che segna lo svolgersi della possibilità o della necessità, in cui il potere o il dovere consiste. Al giudizio del giudice si ricorre quando i giudizi delle parti sono discordi, ed il potere del giudice è un potere fine allo stesso modo come è un potere fine il potere legislativo, del quale costituisce lo svolgimento. L'attualità di un conflitto di interessi tradottosi in un contrasto di attività (fra la pretesa, ovvero l'esigenza della prevalenza di un interesse proprio su di un interesse altrui, e la resistenza dell'obbligato, ovvero l'opposizione a tale esigenza), nell'ottica del concretarsi della pretesa nella domanda giudiziale, provoca il giudizio di un giudice che non sarebbe tale se egli non fosse in grado di trarre dall'ordinamento tutti quei poteri e tutti quei mezzi che sono propri della funzione e che definiscono in senso pieno la giurisdizione.

Il giudice amministrativo non può concepirsi come un mediatore, vocato a « stabilire un confine accettabile fra autorità e libertà », ad « ottenere una ragionevole mediazione fra la salvaguardia degli interessi, particolari, dei privati e la tutela delle esigenze, generali », della pubblica Amministrazione, poiché tale idea poco si concilierebbe con l'obiettivo della giurisdizione che è quello di affermare ed attuare il diritto nel caso concreto, realizzando la piena ed effettiva tutela degli interessi in gioco, senza di che sarebbe eluso il

problema medesimo dell'ordinamento e della sua giuridicità, che proprio nel giudizio del giudice si risolve.

La fisionomia del processo amministrativo, perché la tutela degli interessi individuali nei confronti della pubblica Amministrazione sia assicurata con un giudice ed un processo che siano tali nel pieno significato dei termini, non può che farsi risiedere nell'adozione di quelle forme che, sia in ordine alla natura del comportamento sindacabile, sia in ordine ai poteri processuali, sia in ordine all'efficacia e all'esecuzione della decisione, siano idonee a realizzare la più esauritiva tutela degli interessi che si fronteggiano, vincendo i rigurgiti di una ormai vieta tendenza più preoccupata di compiacere al potere che di riaffermare costantemente la giurisdizione come complemento e come strumento della legalità, presidio e difesa della libertà degli amministrati e di una amministrazione pubblica giusta.