

## SALVATORE RAIMONDI

Già ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Palermo  
Presidente dell'Associazione Avvocati Amministrativisti della Sicilia.

### Giustizia amministrativa e sviluppo economico\*.

1. - La giustizia amministrativa in Italia non gode di buona stampa.

Ed è proprio con riferimento all'economia che vengono motivate le critiche.

Ricordiamo tutti l'intervento di Romano Prodi dell'11 agosto 2013 (il Messaggero). Secondo Prodi, mentre in Germania e in Francia si registrava un timido segnale di aumento del PIL, per l'Italia il PIL scendeva ancora. Egli prendeva per buona l'opinione riferitagli da *"potenziali lettori investitori stranieri"*, i quali attribuivano la principale ragione della *"incertezza che pende su ogni decisione economica"*, *"al modello organizzativo della giustizia amministrativa italiana"*, e non esitava a proporre l'abolizione dei TAR e del Consiglio di Stato.

Gli faceva eco il 5 settembre 2015 Matteo Renzi (La Repubblica), il quale esprimeva l'opinione seguente: *"non è possibile che i Tar decidano su tutto dall'iscrizione all'asilo alla chiusura di un'ambasciata: bisogna ridurre il loro raggio d'azione"*.

Nel convegno che si è tenuto a Bari il 29 – 30 aprile 2016 su *"La giustizia amministrativa per l'Azienda Italia"*, una relazione è stata tenuta da Salvatore Rossi, direttore generale della Banca d'Italia. Rossi, facendo espresso riferimento agli studi che gli erano stati forniti dallo staff della Banca d'Italia, ha affermato che nel comune sentire il giudice amministrativo *"blocca"* l'attività dell'amministrazione. Ha aggiunto che si ritiene che il giudizio amministrativo sia un rimedio troppo facile con la conseguenza che si moltiplica il contenzioso.

Più recentemente Sabino Cassese il 15 maggio 2016 (Corriere della sera) ha scritto: *"I giudici amministrativi – come è stato detto da più parti – "bloccano l'attività produttiva", senza nello stesso tempo fornire una guida a chi voglia districarsi nella selva delle norme e delle loro interpretazioni"*.

E' sorprendente che si sia smarrito il senso dello Stato di diritto e si sia dimenticato che l'istituzione nel 1889 della IV sez. del Consiglio di Stato, con la introduzione della tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione anche per gli interessi legittimi, rappresentò una grande conquista dello Stato di diritto.

---

\* Intervento alla tavola rotonda sul tema. Genova 2 luglio 2016.

Dalla quale non si può recedere.

Non risulta chiaro se coloro i quali propongono l'abolizione del giudice amministrativo o un suo forte ridimensionamento ritengono che le posizioni giuridiche soggettive che oggi si fanno valere davanti al giudice amministrativo dovrebbero restare prive di tutela giurisdizionale, oppure se ritengono che la tutela dovrebbe essere affidata al giudice ordinario

Nel primo caso suggerirei ai rottamatori la lettura del discorso di Silvio Spaventa all'Associazione dei costituzionalisti di Bergamo del 1888<sup>1</sup>.

Ai secondi rappresenterei che il processo civile è notoriamente afflitto da una cronica lentezza.

In un servizio pubblicato sul Corriere della Sera del 27 giugno, firmato da Sergio Rizzo, si legge che secondo l'ufficio studi del Confartigianato, una delle principali ragioni che frenano la crescita è la lunghezza dei procedimenti civili. A tale proposito si legge: *“L'eccessiva durata dei procedimenti civili è un altro dei pesi che toglie spirito alla competitività dell'autonomia italiana. Attualmente occorrono in media 1120 giorni, vale a dire un periodo di quasi quattro anni per risolvere una disputa commerciale. Si tratta di una durata che corrisponde a più del doppio della media europea che si attesta su 543 giorni”*.

Secondo la mia personale esperienza i quattro anni non bastano neppure per il solo giudizio di appello. Al riguardo mi limito fare un solo esempio, tratto non da un'esperienza legata al territorio nel quale opero (tra i diversi distretti ci possono essere risultati non coincidenti), ma al distretto di Roma. Ho instaurato davanti alla Corte d'appello di Roma un giudizio di opposizione ad un lodo arbitrale **nel 2011**, concernente una controversia in materia di esecuzione di un contratto d'appalto di opera pubblica. La causa stata rinviata ad una udienza collegiale del **marzo 2016**, nella quale la causa è stata introitata per la decisione. La sentenza non è ancora uscita. Mi sembra un dato di per sé molto eloquente.

2. - In sostanza coloro i quali sono a favore del passaggio al giudice ordinario, propongono la degradazione degli interessi legittimi a diritti soggettivi. Quello che è accaduto nella materia di pubblico impiego. Si tratta un fenomeno opposto a quello che conosciamo da sempre, vale a dire – per usare l'ordine concettuale antico - la degrada-

---

<sup>1</sup> Silvio SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, discorso pronunciato nell'Associazione costituzionalisti di Bergamo il 7 maggio 1888, in Silvio Spaventa, *La politica della destra*. Scritti e discorsi raccolti da Benedetto Croce, Bari, Laterza 1910.

zione del diritto soggettivo ad interesse legittimo. (Si faceva l'esempio dell'espropriazione. Si leggeva nella manualistica sino agli anni '60 che nel momento in cui interviene un provvedimento ablativo il diritto soggettivo di proprietà "degrada" ad interesse legittimo). Adesso quello che si prospetta, ed in parte è già avvenuto, è il fenomeno opposto.

Parlo di degradazione dell'interesse legittimo a diritto soggettivo perché, mentre il giudice amministrativo ha il potere di sospendere e di annullare il provvedimento, lo stesso potere non ha il giudice ordinario. La degradazione dell'interesse legittimo a diritto soggettivo ha trovato la sua massima espressione con la contrattualizzazione del pubblico impiego. Oggi l'impiegato che viene pretermesso in occasione di una valutazione comparativa, il quale un tempo poteva rivolgersi al giudice amministrativo denunciando profili di eccesso di potere, e poteva ottenere l'annullamento dell'atto (e, nelle more del giudizio, la sospensione) può rivolgersi al giudice ordinario, il quale però risponderà che l'attore non può vantare un "*diritto*" ad essere scelto, ad esempio per un incarico dirigenziale, sebbene maggiormente titolato, sicché respingerà l'azione giudiziaria.

3. - Sussiste una ragione profonda che sconsiglia il passaggio alla giurisdizione unica, vale a dire l'attribuzione al giudice ordinario di quella che è oggi la giurisdizione del giudice amministrativo.

Il giudizio davanti al giudice amministrativo ed il giudizio davanti al giudice civile sono due entità completamente diverse l'una dall'altra.

Come è stato esattamente notato in uno scritto recente di Giancarlo Montedoro, "*quello che nell'esperienza di un giudice ordinario emerge è il fatto illecito, ma il fatto illecito appartiene sempre al passato mentre quello di cui si discute nelle aule di giustizia amministrativa è il progetto, il progetto amministrativo esecutivo della legge, cioè il futuro, qualcosa che appartiene al futuro di una collettività. È' una prospettiva culturale completamente diversa: da una parte si sana una ferita, dall'altra si costruisce un futuro in modo conforme alla legalità, nei limiti in cui spetta alla giurisdizione controllare questo tipo di cose*".

Diceva Mario Nigro, che la giustizia amministrativa è una parentesi tra due tratti di azione amministrativa, quella che precede il giudizio e quella che lo segue.

4. - Non vi è dubbio che le maggiori critiche al sistema di giustizia amministrativa

concernono la tutela cautelare. È' questa che, per usare l'espressione corrente, "bloc-ca", ad esempio, la realizzazione dell'opera pubblica.

Sappiamo tutti che non è così per due ragioni: in primo luogo perché proprio nella materia dei contratti i tempi del giudizio amministrativo, e segnatamente del giudizio cautelare, sono veramente molto brevi. In secondo luogo perché, secondo la nostra comune esperienza, il giudice amministrativo fa un uso molto oculato dello strumento cautelare.

Numerosi sono stati i tentativi che il legislatore ha compiuto negli anni per limitare la tutela cautelare. Tali tentativi, ad eccezione degli ultimi che sono molto recenti, sono stati battuti con sentenze del Consiglio di Stato e della Corte costituzionale.

Ma il legislatore non demorde. Il principale strumento escogitato per limitare la tutela giurisdizionale è stato il contributo di iscrizione a ruolo relativamente al quale si è rivelata assai deludente la pronunzia della Corte di giustizia dell'Unione Europea.

Ma recentemente è intervenuta una nuova forte limitazioni alla tutela giurisdizionale nella specifica materia degli appalti pubblici attraverso l'introduzione dell'art. 204 del D.lgs. n. 50 del 2016, di revisione del codice degli appalti, il quale ha riscritto l'art. 120 del codice del processo amministrativo.

Non mi diffonderò sul tema. Mi limito a rammentare che, giusta il comma 2 bis, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa deve essere impugnato nel termine di 30 giorni decorrente dalla sua pubblicazione nel profilo del committente della stazione appaltante. L'omesso impugnazione preclude la facoltà di fare valere l'illegittimità derivata nei successivi atti.

Si tratta di una disposizione assolutamente inaccettabile perché il concorrente ad una procedura concorsuale non è in grado di stabilire se ha interesse o meno ad impugnare l'ammissione di altri concorrenti che considera carenti di qualche requisito prima che il procedimento sia concluso. (In termini diversi si pone il problema del termine in relazione alla propria esclusione, che decorre comunque dalla comunicazione di cui all'art.79 D.lgs. n. 163 del 2006). Sicché si trova costretto a scegliere se impiegare le proprie energie e soprattutto i propri quattrini per impugnare l'ammissione di un concorrente pur nella consapevolezza che l'impugnativa può rivelarsi inutile, ovvero rinunciare in concreto alla tutela giurisdizionale. È ovvio che nella stragrande maggioranza dei casi si avrà la rinuncia, vale a dire la omissione del ricorso. Ed è proprio questa indubbiamente la ragione per la quale la richiamata disposizione è stata introdotta.

Non solo. Nella decisione cautelare, giusta il comma 8-ter, il giudice deve tenere

conto *“delle esigenze imperative connesse ad un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione”*.

Si tratta all'evidenza di una disposizione alla stregua della quale in concreto il giudice amministrativo potrebbe affermare che sussiste il grave pregiudizio, che il ricorso, sulla base di una sommaria cognizione propria della fase cautelare, appare fondato, ma che la misura cautelare sarebbe in contrasto con l'interesse generale all'esecuzione del contratto.

5. - Invero la sopra criticata limitazione, introdotta nel codice del processo amministrativo con la riforma del codice degli appalti, è stata preceduta da analoga disposizione introdotta nel D.lgs. 16 novembre 2015, n. 180, che in attuazione della direttiva 2014/59/UE, disciplina il risanamento e la risoluzione degli enti creditizi. All'art. 95, 2° comma, si dispone: *“Nei giudizi avverso le misure di gestione della crisi si presume fino a prova contraria che la sospensione dei provvedimenti della Banca d'Italia o del Ministro dell'economia e delle finanze sarebbe contraria all'interesse pubblico”*.

E' evidentissima la volontà del legislatore di legare le mani al giudice amministrativo. Volontà che non meno evidentemente si riscontra anche nella disposizione che immediatamente segue nello stesso comma: *“nei medesimi giudizi non si applicano gli articoli 19 e 63, comma 4, del Codice del processo amministrativo”*. Si rammenta che tali disposizioni disciplinano la verifica e la consulenza tecnica. Sicché non soltanto i destinatari delle misura di gestione della crisi in concreto non possono ottenere la tutela cautelare ma viene agli stessi impedito di azionare i mezzi di prova previsti dal codice.

Non vi è dubbio che siffatte innovazioni sono viziate da incostituzionalità perché contrastano con gli articoli 24 e 113 della Costituzione, i quali garantiscono la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi.

\* \* \*

Di fronte alle limitazione frapposte da ultimo con l'art. 204 D.lgs. n. 50 del 2016 (art. 120 c.p.a.), che si pongono in contrasto con la garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi (artt. 24 e 113 Cost.) è prevedibile un nuovo intervento della Corte costituzionale. Ma potrebbe intervenire anche la Corte di giustizia dell'Unione Europea, stante che la c.d. direttiva ricorsi (11 dicembre 2007, n. 2007/66/CE, che ha modificato le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE), recepita in Italia con D.P.R. n. 53 del 2010, codificando la giurisprudenza della Corte di giustizia

dell'U.E., ha imposto agli stati membri di garantire mezzi di ricorso efficaci e rapidi avverso le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici. Se si togliesse o limitasse la tutela cautelare i mezzi di ricorso non sarebbero di certo rapidi ed efficaci.

E per l'Unione Europea non sarebbe sufficiente la tutela risarcitoria, ma è necessario un intervento rapido del giudice che tuteli la concorrenza, cioè che assicuri all'impresa ingiustamente pretermessa l'aggiudicazione dell'appalto.

Ancora prima della direttiva ricorsi, che concerne (soltanto) gli appalti, la Corte di giustizia dell'Unione Europea con sentenza *Factortame* (Corte giust. 19 giugno 1990, *Factortame e a.*, C-213/89, in Racc. p. I-2433) ha affermato: *“la piena efficacia del diritto comunitario sarebbe ridotta se una norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice chiamato a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronunzia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario. Ne consegue che in una situazione del genere il giudice è tenuto a disapplicare la norma di diritto nazionale che sola osti alla concessione di provvedimenti provvisori”*.